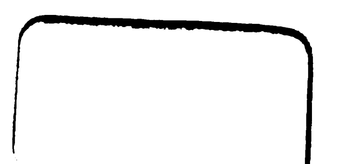

HARVARD LAW LIBRARY
3 2044 097 783 989


SIGILLVM ACADEMIAE HARVARDIANAE IN NOV ANG
CHRISTO ET ECCLESIAE
VE RI TAS



Germany

RÜCKTRITT VOM VERSUCH

UND

THÄTIGE REUE.

CRIMINALISTISCHE ABHANDLUNG

VON

DR. JUR. R. HERZOG.

WÜRZBURG.

ADALBERT STUBER'S VERLAGSBUCHHANDLUNG.

1889.

Druck der Stahel'schen Kgl. Bayer. Hof-Buchdruckerei in Würzburg.

MEINEM TEUREN VATER,

DEM HERRN

GEHEIME JUSTIZRAT DR. JUR. TH. HERZOG,

SENATSPRÄSIDENT DES THÜRINGISCHEN OBERLANDESGERICHTS A. D.

Vorwort.

Eine Monographie über den Rücktritt vom Versuch und die thätige Reue bedarf zu ihrem Erscheinen nicht erst der Rechtfertigung: Das wissenschaftliche Bedürfnis wird kein Fachmann in Abrede stellen. — Dass beide Gegenstände gemeinschaftlich behandelt werden, wird seine Begründung im Werke selbst finden. Im Uebrigen ist Plan und Disposition desselben aus dem an die Spitze des Textes gestellten Abschnitt ersichtlich.

Auf manchen Tadel ist der Autor gefasst. Der oder jener wird ës vielleicht anstössig finden, dass das umfangreiche legislatorische Material nicht noch mehr „verarbeitet“ ist. Jedoch schien mir eine wörtliche Mitteilung desselben in extenso principiell einer auch noch so eingehenden Darstellung vorzuziehen. Der Wortlaut ist für Gesetze und zu deren Beurteilung zu wichtig! Und neben dem Wortlaut noch eine ausführliche Darstellung zu geben, wäre wohl des Guten zu viel gewesen! So habe ich die letztere auf eine Uebersicht beschränkt und danach das Material nach Staaten und Staatengruppen folgen lassen.

Durch zweckmässige Register ist, wie ich hoffe, auch das Werk zum Nachschlagen geeignet.

Die Fülle der benutzten Litteratur ist, zum Teil wenigstens, dem Umstande zuzuschreiben, dass die grossartige Fachbibliothek des Herrn Prof. *Franz von Liszt* zur Verfügung stand. Der Verfasser hatte nämlich das Glück, Mitglied des Marburger Criminalistischen Seminars zu sein, einer Schöpfung, die in ihrer eminenten und einzigartigen Bedeutung für Fachstudien dem Genius ihres Urhebers ein

unvergängliches Denkmal setzt. — Auch hier spreche ich den aufrichtigsten Dank aus für die mir von dieser Seite gewordene Anregung und Förderung, die teilweise auch noch der vorliegenden vor mehr als zwei Jahren begonnenen Arbeit zu statten kam.

Dass der letzteren ein redliches Streben nach wissenschaftlicher Tüchtigkeit zu Grunde liegt, — auf diese Anerkennung darf ich wohl mit Sicherheit rechnen. Eine bisweilen etwas lebhafte Kritik wird man in Anbetracht dessen hoffentlich zu entschuldigen wissen.

Möge es mir gelungen sein, meiner wissenschaftlichen Überzeugung auch einen überzeugenden Ausdruck verliehen zu haben. Ist es doch für einen Gelehrten das höchste Ziel, dass sich seine Ansicht dereinst identificiere mit der Wissenschaft, dass sie m. a. W. als ‚communis opinio' zur Herrschaft gelange.

Freiburg i. B., März 1889.

R. Herzog.



Inhalt.

Plan und Disposition des Werkes.

Wie ist der Fall rechtlich zu beurteilen, wenn jemand zunächst durch ein entsprechendes Handeln eine delictuose Veränderung der Aussenwelt anstrebte, dann aber den Eintritt derselben willentlich durch sein Verhalten ausschloss?

Der Untersuchung dieser nach den verschiedensten Richtungen hin hochinteressanten Frage ist dieses Werk gewidmet. —

Die Jurisprudenz (als Wissenschaft) ist in dreifacher Richtung thätig: Sie schaut in die Vergangenheit, betrachtet die Gegenwart und giebt Rat für die Zukunft.

In erster Linie ist es freilich ihre Aufgabe, das concrete Recht der Gegenwart zu untersuchen. Sie erfüllt dieselbe, indem sie die Gesetzesbestimmungen und Rechtsgewohnheiten logisch durchdringt und ihre Principien darlegt. Die Anwendung der letzteren verbleibt der Praxis. Damit ist nicht gesagt, dass nicht auch die Wissenschaft an concreten Fällen die Anwendung der Grundsätze darlegen sollte. Im Gegenteil. Ein reiches Anschauungsmaterial wird stets wünschenswert sein, um sofort zu beweisen, dass es sich nicht um unbrauchbare Formeln, sondern um lebendige Principien handelt. Aber die Erörterung einzelner Fälle kann und darf nichts anderes sein für die Wissenschaft als eine Exemplification, die zur Erleichterung des Verständnisses — und damit der Anwendbarkeit — der erkannten Rechtsgrundsätze dienen soll.

Die Erkenntnis des geltenden Rechts wird gefördert durch die Ermittelung seines Werdeprocesses — und insofern ist die Rechtsgeschichte jedenfalls eine durchaus der Jurisprudenz angehörende Disciplin. Aber auch über diese Grenzen hinaus — selbst

da, wo nur historische Interessen verfolgt werden, wird nur der Jurist im Stande sein, den Stoff zu behandeln — Rechtsgeschichte zu schreiben. Und insofern kann man die letztere ganz allgemein als zur Domaine der Rechtswissenschaft gehörig betrachten.

Ebenso liegt es mit dem dritten Arbeitsfeld, von dem wir gesprochen haben. Nur die Jurisprudenz vermag die den bisherigen oder neuen rechtspolitischen Principien entsprechenden Formen zu finden, weil doch nur sie in vollem Masse die Form in ihrer Bedeutung zu erkennen vermag. Aber auch noch in einem anderen Sinne wirkt sie für ein Neues Recht.

Die Grundsätze, die sie im bisherigen Rechte nachweist, sind häufig nicht als solche dem Gesetzgeber bewusst gewesen, trotzdem sind sie hie und da durchgebrochen, allgemein aber naturgemäss nicht in Anwendung gekommen. — Werden sie nun von der Wissenschaft als solche erkannt, dann entsteht sofort die Frage, ob sie nicht rationellerweise consequent durchzuführen seien, — und es ist wegen des „notwendigen Zusammenhanges" ganz selbstverständlich, wenn die Jurisprudenz zu derselben das Wort ergreift und sie zu beantworten sucht.

Aus dieser Auffassung des Verfassers von den Aufgaben der Rechtswissenschaft ergiebt sich von selbst der Plan, der unserem Werke zu Grunde liegt.

Nach den notwendigen Bemerkungen über die wissenschaftliche Terminologie unseres Falles betrachten wir diejenigen Rechte, die als Ascendenten unseres Reichs-Rechts zu gelten haben (**Rechtsgeschichtlicher Teil**).

Beschränkten wir die Aufgabe der Jurisprudenz auf die Erkenntnis des positiven Rechtes, so würden wir uns mit dieser historischen einleitenden Ausführung begnügen können. So aber, wo wir zugleich eine kritische Aufgabe lösen wollen, erweitert sich unser Gesichtskreis ungemein.

Es bedarf eines **rechtsvergleichenden** Teiles, der vom Standpunkt der Gegenwart die materiellen Bestimmungen der einzelnen Gesetze zusammenstellt. Für diesen dürfte jedoch eine Beschränkung auf die Rechte der Neuesten Zeit — ohne Rücksicht, ob sie noch gelten oder nicht — geboten und schon deshalb statthaft sein, weil sich nur bei ihnen eine praktische Bedeutsamkeit

erwarten lässt. Innerhalb dieser Grenzen betrachten wir es jedoch als unsere Aufgabe, nach Kräften Vollständigkeit anzustreben. Wenn wir diese auch nicht zu erreichen vermögen, so stellen wir doch im Nachstehenden ein Material zusammen, dessen Fülle wohl unbedenklich als imposant bezeichnet werden kann. Die Gesetze und Entwürfe der germanischen und romanischen Staaten der Alten und Neuen Welt, des Russischen Kaisertumes und des Hellenenreiches sind in einer ungewöhnlich umfassenden Weise vertreten.

Der rechtsgeschichtliche und der rechtsvergleichende Teil beantworten zusammen die Frage: Wie haben sich die Rechte der Vergangenheit und der Gegenwart zu unserem Probleme gestellt? Welche Behandlung haben sie ihm angedeihen lassen? —

Aber wie erklärt sich die letztere? Warum haben die Gesetzgeber mit ganz überwiegender Majorität eine äusserlich vom ‚tenor juris‘ abweichende Beurteilung unseres Falles Platz greifen lassen? Die Criminalrechtswissenschaft der verschiedenen Völker hat sich in Neuerer Zeit eingehend mit der Frage beschäftigt, — wir teilen ihre Antworten mit und üben Kritik an ihnen. Dieser Abschnitt ist also der Darstellung der bisherigen doctrinellen Begründungen gewidmet.

Nunmehr unternehmen wir es selbst, die Wurzeln des Phänomens aufzudecken. Bei der Universalität des letzteren — es ist, bis zu einem gewissen Grade kann man es sagen, über Zeit und Ort erhaben — sind auch die Wurzeln wahrscheinlicherweise überall dieselben, die Principien werden überall die gleichen und somit naturgemäss allgemeiner philosophischer und criminalpolitischer Natur sein. Wir suchen dieselben zu ergründen.

Was wir finden, ist mehr als wir suchen. Es ist ein mächtiger Grundsatz, welcher — einmal erkannt — das geltende Recht mit leichter Mühe umgestalten wird. Jenes Phänomen war also der Ausfluss eines unerkannten, aber bis zu einem gewissen Grade instinctiv gefühlten Principes. —

Auf diese Weise verschmilzt im letzten Abschnitt unseres dritten Teiles die dogmatische Begründung mit legislatorischen Vorschlägen: das gefundene constructive Princip unseres Falles ist ein solches, welches eine Grundsäule für das Strafrecht der Zukunft zu werden berechtigt ist. Wie der Gesetzgeber jenem Princip

am besten dereinst Rechnung tragen, in welcher Form er es am besten anerkennen würde, darüber machen wir weitere Vorschläge. **(Dogmatisch-criminalpolitischer Teil).**

Ist sonach die erste Hälfte des Werkes (Teil I—III) dem Princip in seinem geschichtlichen Werden, seiner ethnologischen Gestaltung einerseits, seinem inneren Charakter andrerseits gewidmet, so beschäftigt sich die zweite Hälfte mit seiner gesetzlichen Fixierung im D. St.-G.-B **(Positiv-rechtlicher Teil.)** In diesem Teile wird die juristische Hauptaufgabe in Rücksicht auf die speciellen Bestimmungen eines positiven Rechtes gelöst. — Gehen wir ans Werk!

Einleitung.

1. Es strebt jemand durch entsprechendes Handeln eine delictuose Veränderung der Aussenwelt an, dann aber schliesst er willentlich den Eintritt derselben durch sein weiteres Verhalten aus.

Das ist der Thatbestand, dessen juristische Betrachtung Gegenstand dieses Werkes ist.

2. Die heutige Doctrin gebraucht für dasjenige Verhalten, welches unser Fall in der Person des Thäters voraussetzt, vorzugsweise die Terminologie „freiwilliger Rücktritt vom Versuch" und „thätige Reue". Beide Ausdrücke sind nicht ohne Anfechtung geblieben.

Was zunächst den ersteren betrifft, so kann er zu Missverständnissen Anlass geben (und hat dies gegeben), indem der zweite Teil des Ausdrucks allerdings mehrdeutig ist. Man kann zunächst denken, dass das, wovon zurückgetreten wird, die bisherige Thätigkeit sei. (*Janka*[1].) Und hier kann man wieder die Frage aufwerfen, ob denn eben dies schon den Namen „Versuch" verdiene. Oder, man kann (wie *Meyer*[2]) an den Teil der Thätigkeit denken, den man noch zurückzulegen haben würde („die weitere Ausführung"). Ich halte weder die eine noch die andere Auffassung für correct. Wenn man von einem „Rücktritt vom Versuch" spricht, dann bezeichnet „Versuch" ein in der Vorstellung individuelles Ganze, also weder die eine noch die andere Hälfte. Wir müssen

[1] *Janka*, Das Oesterreichische Strafrecht (1884) S. 142:

„. . . das einmal Dagewesene kann nicht getilgt, zurückgenommen werden. (Der Ausdruck „Rücktritt vom Versuche" ist daher durchaus unpassend.)"

[2] *Meyer*, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. 4. Aufl. (1886) S. 264 Note 42:

„Der Name Rücktritt wird angefochten von *Janka* (l. c.) und in der That hat man sich zu vergegenwärtigen, dass nicht Rücktritt von dem schon Geschehenen, sondern von der weiteren Ausführung vorliegt."

uns räumlich ein Gebiet denken, aus dessen Bereich der Rücktritt stattfindet. Denn die zu Grunde liegende Anschauung ist die von zwei Positionen: die eine wurde bisher innegehabt, die andere wird jetzt besetzt, war es aber auch schon früher einmal. Diesem Bilde entsprechend muss auch im metaphorischen Sinne jenes ‚A quo' als ein Gegebenes und nicht etwa erst durch das Zurücktreten Geschaffenes oder Begrenztes aufgefasst werden. Es ist also hier der jedesmal nach den concreten Umständen in der Vorstellung als Ganzes gegebene Versuch zu verstehen, und nicht etwa einseitig bloss der realisierte oder bloss der durch die Vorstelluug ergänzte Teil. So aufgefasst scheint mir die Bezeichnung einwandfrei.

Neben ihr gebraucht man im gleichen Sinne den Ausdruck „freiwilliges Abstehen vom Versuch"[3]. („Stehen" ist hier ingressiv gebraucht im Sinne von „zum Stehen übergehen" [4]). Derselbe war früher in Doctrin und Gesetzgebung sogar vorherrschend. Auch im Corp. Jur. kommt „desistere" in unserem Falle vor, [5] [6] wenn auch ohne technische Färbung. Die analoge französische Bezeichnung ist „le désistement volontaire" (‚la tentative' oder ‚l'exécution suspendue par le désistement volontaire de l'auteur'[7] oder kürzer ‚par la volonté de l'auteur' [8]) [8a]. Die Italiener sprechen von einer ‚desistenza', die Spanier von einem ‚desistimiento'.

---

[3] Neuerdings *Janka*, Oest. Strafrecht, S. 141 „Abstehen von der Vollbringung" auf Grund der oben erwähnten Anschauung vergl. Anmerkung 1.

[4] Bemerkung von *Berner*, GS. XVII (1865) S. 100.

[5] Insofern bedarf *Luden* Hb. I § 70 bei und in Anm. 1 S. 424 der Berichtigung, wenn er behauptet, dass der Terminus in den gemeinrechtlichen Quellen nicht vorkomme.

[6] „Destitit" in l. 16 § 3 Dig. de bon. lib. 38,2 (Ulpian); an andern Stellen heisst es „desiit" l. 14 de bon. lib. 38,2 (Ulp.); „quievit" ib.; oder concretisiert „actionem remittat" mit vorhergehenden „si poeniteat eum" n l. 11 de in jus voc. 2,4 (Ter. Clem.); oder negativ ausgedrückt „non usque ad sententiam durare" in l. 16 § 3 D. de bon. lib. 38,2 (Ulp.)

[7] Z.B.: Rossi, Traité de droit pénal, l. II ch. XXXII.

[8] So mit Bezug auf Code pén. art. 2 als Antithese zu der ‚tentative suspendue par des circonstances fortuites' etc

[8a] Der Terminus „renoncement spontané" (Picot in Ztschr. für Schweizer Strafrecht I (1888), 2. Heft,) scheint selten gebraucht zu werden.

In der deutschen Wissenschaft spricht man ferner noch von „Aufgeben des Versuches“ in derselben Weise, wie man vom „Aufgeben“ eines Planes oder einer Thätigkeit redet. Auch hier gilt in Bezug auf die Auffassung des Wortes „Versuch“ das oben Bemerkte: auch hier kommt es als Vorstellungsganzes in Betracht.

3. Was die Bezeichnung „thätige Reue“ angeht, so weisen schon die Quellen wenigstens auf den zweiten Bestandteil hin. Schon die Römer[9] sprechen von einer ‚justa poenitentia‘, wenn dieser Ausdruck auch keine speziell juristische Ausprägung erhalten haben mag. Dagegen entspricht das italienische ‚pentimento operoso‘ genau und zwar technisch der deutschen Bezeichnung. Dieselbe ist jedoch für das, was sie als ‚terminus‘ umspannen soll, eine sehr wenig passende. Denn „Reue“ hat namentlich in der neueren Sprache eine entschieden ethische Färbung, die dem Charakter der gesetzlichen Bestimmungen im allgemeinen grundsätzlich fremd ist. An sich ist es nicht sprachwidrig, jede Sinnesänderung mit „Reue“ zu bezeichnen, namentlich das ältere „gereuen“ beweist das. Auch die Sprachen anderer Völker, das griechische „μετάνοια“ z. B., zeigen zur Genüge, dass der ethische und vulgäre Begriff friedlich in einem Hause wohnen können.

Bedenklich ist nur der Umstand, dass auf diese Weise sehr leicht beide Begriffe mit einander verwechselt werden, noch dazu da der engere häufig als Motiv in Betracht kommt. Daher ist *Berner*[10] durchaus zuzustimmen, wenn er bemerkt: „Der beliebte Ausdruck thätige Reue ist nur geeignet Verwirrung anzurichten“.

Jedoch: ein Ausdruck ist nötig, und es geht hier eben so, wie es so häufig geht in der wissenschaftlichen Terminologie: allenthalben fühlt man das Unzureichende einer Bezeichnung, ist aber doch nicht im Stande, etwas Befriedigendes an ihre Stelle zu setzen. Jeder sieht sich veranlasst, sie in ihrer Mangelhaftigkeit zu brandmarken, um sie im nächsten Augenblick doch selber — defectu melioris — zu verwenden. Schliesslich — ist der Inhalt

---

[9] *Paulus* in 48, 10, 19 pr. D. „suffragio justae poenitentiae absolvuntur“. 1, 7, 3 fin Cod. „nullo remedio poenitentiae quae solet aliis criminibus adesse“. Die älteren deutschen Quellen sprechen analog von Rew, poenitiren, seines Lasters zeitliche Rewe tragen.

[10] *Berner*, Gutachten für den XIII. Deutschen Juristentag; s. Verhandlungen I 132 (1876).



einmal fest ausgeprägt und von allen anerkannt, so ist es ja auch gleichgültig, ob der Terminus angemessen ist oder nicht. Jedermann kennt ihn und weiss, was er sagen soll, wenn er es auch nicht sagt. Leider liegt hier ein solcher Fall nicht vor. Denn der Umfang des Begriffes wird sehr verschieden begrenzt und dadurch wird dann allerdings Missverständnissen Thür und Thor geöffnet. Während nämlich die einen den Ausdruck beschränken auf die Fälle, wo eine Vollendung der strafbaren Handlung im Sinne des Gesetzes schon vorliegt, sprechen andre auch dann von thätiger Reue, wenn bloss die Handlung als solche abgeschlossen ist, d. h. dann, wenn der Thäter seine positive Thätigkeit beendet hat. Ja noch mehr: der Terminus „thätige Reue" wird gebraucht für jede sich äusserlich durch ein Handeln documentierende Reue, und zwar gerade für die nach der Consummation der Handlung bezeugte.

Uebrigens möge noch bemerkt sein, dass das Deutsche Str. G.-B. weder für den „Rücktritt vom Versuch" noch für die „Thätige Reue" eine technische Bezeichnung kennt.

4. Die Behandlung der Lehre vom ‚Rücktritt vom Versuch' und der ‚thätigen Reue' in den beiden ersten Anwendungsfällen gehört zusammen in die Lehre vom Verbrechen, während der dritte Fall (der hier völlig ausscheidet) seiner systematischen Bedeutung nach in die Lehre von der Strafe unter die Strafausmessungsgründe fällt. Jene stellt man in der Regel gesondert dar und zwar den Rücktritt vom Versuch in der Lehre von der That hinsichtlich ihrer Vollständigkeit *(Meyer)*, die thätige Reue dagegen behandelt man im speciellen Teil [11]. Ja, man warnt davor, die Fälle ja nicht mit jenen zu verwechseln, wo selbst nach der (formellen) Vollendung (aber vor dem Eintritt eines definitiven Schadens) noch der thätigen Reue Einfluss vergönnt werde. Es ist wahr, dass die formelle Verschiedenheit eine grosse ist; nicht so die materielle. Denn man sollte doch bedenken, dass z. B. der Deutsche Gesetzgeber nicht nach einer festen Regel bestimmt, wann ein Delict vollendet ist oder nicht, sondern dass für ihn häufig äussere Rücksichten, Rücksichten der Practicabilität entscheidend sind. Und giebt er in solchen Fällen der thätigen Reue Raum, so beweist

[11] § 3. Wer den Fall § 46 Z. 2 des Str. G.-Bs. f. d. D. R. darunter versteht, stellt denselben natürlich im Anschluss an das Gesetz auch im Allgemeinen Teil dar.

das eben, dass er glaubt, hier etwas zu einem vollendeten Delict gestempelt zu haben, was im Vergleich zu anderen Thatbeständen nur als Versuchsthatbestand erscheinen dürfte. Die Wissenschaft hat aber nicht das Einzelne als Singularität des Gesetzes aufzufassen, sondern sie hat das Princip darzustellen, wenn dieses auch nur unvollkommen zum Ausdruck gelangt ist. Das Princip aber ist dasselbe hier wie dort, dass nämlich da, wo (nach der Meinung des Gesetzgebers) der eigentliche Delictsschade noch nicht eingetreten ist, die Rückkehr des Thäters zu pflichtmässigem Verhalten, in deren Folge eben die That nicht zur Schadensstiftung gelangt ist, Straflosigkeit bewirken soll.

Die nähere Begründung für die Zusammengehörigkeit von Rücktritt vom Versuch und thätiger Reue kann erst bei der Rechtfertigung des Principes selber erfolgen, während diese Ausführung nur als vorläufige Stütze dafür dienen soll, dass beide Gegenstände hier zusammenbehandelt werden.

Litteratur.

4a. In Betreff der **Litteratur** vergl man namentlich Abschnitt III und überhaupt das Litteraturverzeichnis.

Monographien fehlen, abgesehen von einigen Inauguraldissertationen:

Mencken-Sültzner	1688
Reinharth-Beuchel	1733
Ludovici--Schütz	1740
Hiddema-Jongsma	1828
Fornet	1867
Herzog	1888

(mit unwesentlichen Abänderungen, aber erheblichen Zusätzen — Abschn. III dieses Werkes.)

Ausserdem giebt es noch eine Reihe von Aufsätzen über den Gegenstand, s. Litteraturverzeichnis.

Im übrigen sind in erster Linie zu erwähnen die Monographien über die Lehre vom **Versuch** überhaupt; sodann die **Hand- und Lehrbücher** des Strafrechts, sowie die **Motive** zu den neueren Gesetzentwürfen.

Besonders hinweisen möchte ich auf die Leistungen eines *Rossi*, *Carrara*, *Pessina*.

I.
Rechtsgeschichtlicher Teil.

I. Capitel.
Das Römische Recht.[12]

5. Es ist bekanntlich eine Controverse von ehrwürdigem Alter, ob die Römer im Falle des Rücktritts vom Versuch und der Thätigen Reue Straflosigkeit, sei es als Princip, sei es auch nur als Ausnahme, anerkannt haben.

Die Ansichten, welche in dieser Streitfrage von den Glossatoren, der Wissenschaft des Mittelalters, ferner der deutschen Theorie des XVI. bis hinein ins XVIII. Jahrhundert vertreten wurden, hatten s. Z. eine unmittelbar praktische Bedeutung, kommen also gegenwärtig in erster Linie in Betracht nicht als wissenschaftliche Stimmen über das Römische, sondern als Zeugnisse für das Recht, welches im Mittelalter bis hinein in dieses Jahrhundert galt. Wir werden daher erst bei der Darstellung dieser Zeit (III. Cap.) auf jene eingehen.

6. Man kann wohl sagen, dass in der deutschen Wissenschaft dieses Jahrhunderts mehrere Jahrzehnte hindurch von der communis

[12] Vergl. besonders:
Lelièvre, De conatu delinquendi pp. 112—117.
Hiddema-Jongsma, Disp. jur. 6—26.
Zachariae, Versuch S. 270—282.
Luden, Abhandlungen 271—279.
Luden, Hb. I § 69d bes. S. 418, Anmerk. 2.
Seeger, Tüb. Univ. Progr. März 1869.
Seeger, Tüb. Univ. Festschrift Aug. 1879.
Pernice Labeo II. S. 47 ff.

opinio die Straflosigkeit in allen Fällen einfach geleugnet, d. h. weginterpretiert wurde.

Hierher gehören *Zachariae* (1836. 39)[13], *Luden* (1836. 47)[14], *Hälschner* (1858)[15], *Temme* (1876)[16] und jüngst hat sich noch *Baumgarten* (1888)[17] dieser Ansicht angeschlossen.

Rosshirt (1821)[18] und *Henke* (1823)[19] leugnen die Straflosigkeit nicht geradezu, äussern sich aber sehr skeptisch. *Wächter* (1825)[19a] spricht sich nicht näher aus. —

Gegenwärtig wird die reine Negative kaum noch selbständig verfochten. Einige Stellen, namentlich die berühmte L. Qui Falsam, reden zu bestimmt, als dass ein Unbefangener hier Straflosigkeit leugnen kann.

Wohl aber fasst man dieselbe vielfach als eine exceptionelle auf — oder vermutet doch eine Meinungsverschiedenheit unter den Römischen Juristen. In einer älteren Dissertation (1733)[20], ist die Ansicht ausgesprochen, dass *Paulus* im Falle der „poenitentia" principiell Straflosigkeit angenommen, *Ulpian* dieselbe geleugnet habe. Nicht in Abrede zu stellen ist es, dass diese Meinung für den ersten Anblick dadurch an Wahrscheinlichkeit gewinnt, dass Ulpian wie mit einer gewissen Absichtlichkeit die Gleichgültigkeit der „poenitentia" betont. Dennoch werden wir sehen, dass sich die fraglichen Stellen mit Leichtigkeit in anderer Weise erklären.

Kleinschrod (1794)[21], *Jarcke* (1827)[22], *Seeger* (1869 und 1879)[23], *Meyer* (1886)[24] erkennen jedenfalls die Bedeutung der L. Qui Falsam an. Auch *Lelièvre* (1828)[25] gibt einige Fälle zu.

---

[13] *Zachariae*, Versuch, nam. II. 271.

[14] *Luden*, Abh., 271—279; Hb. I. 418 Anm. 2.

[15] *Hälschner*, System, I. 201.

[16] *Temme*, Lb. S. 124 Anm. 2.

[17] *Baumgarten*, Die Lehre vom Versuch der Verbrechen. Crim. Studie Stuttg. 1888. S. 52, 53.

[18] *Rosshirt*, Lb., 172.

[19] *Henke*, Hb. I. 257 u. 260. Anm. 9.

[19a] *Wächter*, Lb. d. Römisch-Teutchen Str.-Rs. I. 143.

[20] *Reinharth-Beuchel*, De jure poenit. p. 12 ssq.

[21] *Kleinschrod*, Entwicklung, I. 221.

[22] *Jarcke*, Hb. I. 217 Anm. 13.

[23] *Seeger*, Programm 1869 S. 11 bei und in Anm. 10; Festschrift 1879 S. 25.

[24] *Meyer*, Lb. 265 Anm. 46.

Pernice (1878)[26] sieht in so vielen Stellen Straflosigkeit ausgesprochen, dass es eigentlich blosser „Stil“ ist, wenn er auch hier seinem Hange folgt, alles im Römischen Rechte für principlos zu erklären.

Eine grundsätzliche, wenn auch von einzelnen Ausnahmen durchbrochene Straflosigkeit statuieren nach RR.: *Mencken-Sültzner* (1688)[27], eine Dissertation, auf die noch *Marezoll*[28] einfach in unserer Frage verweist, *Meister*[29], *Jordan* (1826)[30], *Heffter*[31], *Böcking*[32], nam. *Köstlin* (1855)[33], *Geib* (1861)[34].

7. Die unbefangene Beurteilung der Quellenstellen ist dadurch getrübt worden, dass man dieselben unter einem ganz falschen Gesichtspunkte betrachtete.

Zachariae[35] und *Luden*[36] namentlich demonstrierten a priori, dass ein strafloser Rücktritt vom Versuch nach RR. ja gar nicht möglich sei, da eben die Römer überhaupt keinen Versuch gekannt hätten. Mit diesen vermeintlich schlagenden Bemerkungen hielten sie die Sache für erledigt, nicht ohne Beifall zu finden.

Doch die Fragestellung war eine verkehrte! Hätten sich diese Schriftsteller aus den Banden eines beschränkten Formalismus losreissen können, so hätten sie erkennen müssen, dass nicht der formelle Charakter des Versuchs (der Name „Versuch“) das Entscheidende ist für die Straflosigkeit eines dem Rücktritt entsprechenden Verhaltens, sondern der materielle Begriff. In diesem Sinne liegt Versuch vor, so lange der Culminationspunkt des Verbrechens noch nicht erreicht ist. — Der letztere bestimmt sich

---

[25] *Lelièvre*, De con. del. p. 113 sq.

[26] *Pernice*, Labeo II. 47 ff.

[27] *Mencken-Sültzner*, Disp. jur. de impun. con. Thes. XVI (nicht paginiert).

[28] *Marezoll*, Crim.-R. S. 117 Anm. 3.

[29] *Meister*, Principia, Ed. VII. p. 159.

[30] *Jordan*, De nonnullis controv., p. 28.

[31] *Heffter*, Lb., VI. A., 84 Anm. 3.

[32] *Böcking*, Grundriss 12.

[33] *Köstlin*, Neue Revision, 390 f.

[34] *Geib*, Lb., II. 310 f.

[35] *Zachariae*, Versuch, II. 271.

[36] *Luden*, Hb. 418 Anm. 2.

— je nach den verschiedenen Auffassungen der einzelnen Rechte — direct oder indirect nach dem Eintritt des Delictsübels.[36a]

Ob man, was vorher liegt, „Versuch“ nennt oder aus der Materie besondere Thatbestände bildet, — das ist an sich völlig gleich. Auch der Römische Gesetzgeber betrachtet als Centrum[37] eine lex ein gewisses Schadensereignis oder die bedrohliche Möglichkeit eines solchen. Was vorher liegt — und mag es in Worte gefasst sein, wie es will — kann dem gegenüber gar nicht anders wie als ein unselbständiges Praecedens erscheinen, welches seine Strafbarkeit dem gedachten Sequens entnimmt. Es ist nicht die formell-adjecticische, sondern die materiell-accessorische Natur dieser Thatbestände, welche die Straflosigkeit des freiwilligen Abstehens rechtfertigt.

Gerade im Römischen Recht ist es so klar wie nur möglich ausgesprochen, welche Bedeutung der Poenalisierung von Versuchshandlungen zukommt. — Es war im wesentlichen erst die Sullanische Gesetzgebung, welche diesen Schritt that. Die Strafbarkeit für die Herbeiführung des Delictsübels — unsere „Vollendung“ genügte nicht mehr zur Repression der Verbrechen, vielleicht, richtiger gesagt, der Verbrecher. Italien und namentlich Rom wimmelte von corrupten Subjecten, die zu jeder Schandthat bereit waren.

Nun wird ein solcher Feind der menschlichen Gesellschaft getroffen, wie er jemandem mit dem Dolche auflauert! Was soll man thun? Soll man ihn laufen lassen? Nun und nimmermehr! Wir sind der festen Ueberzeugung, er hätte, so viel an ihm, die Missethat vollzogen! Der Zufall darf ihm nicht zu statten kommen! Dieselbe Strafe soll ihn darum treffen, die ihn getroffen haben würde, hätte er den Mord vollendet.

Das mochten die Erwägungen sein, die den Dictator perpetuus bestimmten, eine grosse Anzahl von Versuchsthatbeständen in seine ‚leges‘ mit aufzunehmen.

Jedoch sicher blieb man nicht bei diesen stehen, sondern „Analogie und allgemeine Ansichten über Strafwürdigkeit“[38] erweiterten gewiss auch hier das Gebiet des Strafbaren.

[36a] Dies wird unten erläutert werden.

[37] Aehnliche Auffassung bei *Seeger*, Festschrift 1879, S. 2.

[38] *Seeger*, Festschrift 1879, S. 5.

Seeger[39] hat es nachgewiesen, dass der Römische Criminalprocess dem arbitrium des Richters in dieser Beziehung genügenden Spielraum liess.

Jeder Thatbestand, aus dem sich der Schluss machen liess, der Betreffende würde, so viel an ihm lag, das Delictsübel herbeigeführt haben, genügte, um seine Verurteilung zu bewirken.

Selbstverständlich übrigens konnte der Richter nur da sich für berechtigt ansehen, eine solche auszusprechen, wo das Gesetz ausdrücklich dies durch Anerkennung der Consequenzen des Principes gestattete — also bei den delicta atrociora oder atrocissima. Und auch die Gesetzgebung musste sich auf diese Fälle beschränken. — Denn nur hier fand die ja immerhin nur fictive Identification z. B. eines ambulare cum telo mit einem den dolus im vollen Masse verwirklichenden Thatbestand in der criminalpolitischen Notwendigkeit ihre Rechtfertigung. Andere Delicte liessen auf keine derartige Gefährlichkeit des Verbrechers schliessen, als dass man auch bei ihnen den ‚dolus' pro facto hätte nehmen dürfen.

8. Diese criminalpolitische Betrachtung giebt u. E. den Schlüssel zum Verständnis der Lehre vom Versuche nach RR. in die Hand.

Alle Quellenstellen stimmen mit dieser Auffassung überein. Der Versuch war ein Praesumptionsthatbestand. Die Praesumption konnte überhaupt nicht gemacht werden, wenn jemand es willentlich gar nicht zum Eintritt des rechtwidrigen Ereignisses oder Delictsübels kommen liess. Im letzteren Falle sprechen die Römer von einer „justa poenitentia". An moralische Reue i. e. S. ist selbstverständlich nicht zu denken. Auch bei Contracten spricht man von „poenitere". Es handelt sich um nichts anderes, wie um das griechische μετανοεῖν, anderen Sinnes werden. Mit ‚justa' wird die ‚poenitentia' bezeichnet, weil sie den Thäter justificiert, rechtfertigt und daher vor Schaden behütet. Wie ein justus error ein Irrtum ist, der den Irrenden vor den schädlichen Folgen seines Verhaltens bewahrt, die dieses ohne jenen für ihn haben würde, so gilt ein Analoges von der ‚justa poenitentia'.

Den naturgemässen Gegensatz bildet ein durch ‚casus' abgeschlossenes Verhalten. —

---

[39] *Seeger*, Festschrift 1869, S. 120–124.



Man kann nun entweder sagen: Nur der wird bestraft, dessen auf die Hervorbringung eines Delictsübels gerichtete Thätigkeit durch ‚casus' vereitelt worden ist — oder, 1) die . . Thätigkeit wird bestraft. 2) Die Strafe entfällt, wenn die Thätigkeit durch ‚poenitentia' abgebrochen worden ist.

Schon die Römer kannten beide Formulierungen. *Paulus* Sent. lib. V, tit. 23, § 3 sagt:

Qui, cum vellet occidere, id casu aliquo perpetrare non potuerit, ut homicida punietur.

Es ist genau dasselbe, was allgemein die P.G.O. Art. 178 und Code pénal Art. 2 bestimmt haben.

Derselbe *Paulus* drückt sich in der berühmten L. Qui falsam so aus:

Qui falsam monetam percusserint, si id totum [39a] formare noluerunt, suffragio justae poenitentiae absolvuntur.

Ein Analogon haben wir in § 46 Z. 1 D. Str.-G.-B.

Es sind dies zwei Quellenzeugnisse, die eigentlich schon allein genügen würden, um zu beweisen, dass das RR., mindestens der grosse *Julius Paulus,* also nächst *Papinian* der erste Jurist des Altertums, Straflosigkeit beim Rücktritt vom Versuch angenommen hat.

Und diese zwei Stellen sind so über jeder Interpretation erhaben, dass selbst die Gegner sich krümmen und winden müssen, um sich nur den Anschein zu geben, als könnten sie sich deren erdrückender Beweiskraft entziehen.

Zachariae [40] giebt für jenen Fall selbst zu, dass hier noch am ersten ein ‚argumentum a contrario' für die Straflosigkeit sich entlehnen liesse. Auf der nächsten Seite stellt er jedoch ohne jede Begründung die Schlüssigkeit der Stelle in Abrede, und sucht durch einen langen inhaltlosen Satz die Inanität seines Raisonnements eingänglicher zu machen!

Was die zweite Stelle betrifft, so sucht sie *Rosshirt* [41] als „willkürliche Imperatorengerichtsbarkeit" abzuthun. Eher dürfte *Rosshirt* selbst der Vorwurf einer Willkür nicht erspart werden! [42]

[39a] *Mommsen* vermuthet statt ‚id totum' „in totum" in Anschluss an die Basil. LX. 415 Formell nicht nötig, materiell gleichgültig!

[40] *Zachariae,* Versuch, II. 275. 276.

[41] *Rosshirt,* Entwickelung S. 206 Anm. 2.



Die Stelle ist von *Paulus*! Und mag sie immerhin auf einem Kaisererlass[43] beruhen, *Paulus* deckte sie und ihre Motivierung mit seinem Namen. Andere Stellen von demselben Juristen drücken den gleichen Gedanken aus — es ist also nur mangelndes Eingehen in die Quellen, die eine derartige Behauptung, wie die *Rosshirt's*, erklären.

Zachariae[44] weiss sich nicht anders zu helfen, als durch die Annahme, *Paulus* habe sich einen Lapsus zu Schulden kommen lassen, nämlich „den wahren Entscheidungsgrund zurückgehalten". Der Versuch der Münzfälschung sei nämlich gar nicht strafbar gewesen!

Freilich scheint *Zachariae* zu merken, dass seine Hypothese doch nicht den Vorzug der Wahrscheinlichkeit besitzt; darum stellt er noch eine zweite zur Verfügung[45]. Mit dieser zweiten giebt er aber gerade zu, was er leugnen will! *Paulus* habe vielleicht den ‚dolus malus' für aufgehoben angesehen! Nun, dann hätte er ja *Zachariae's* Annullationstheorie gehuldigt, sich vielleicht sogar mit der Annullation ‚nach rückwärts' befreundet!!

Lelièvre (1828)[46] vermutet eine Interpretation auf Grund des Wortlauts. — Wie aber könnte dann von einer ‚poenitentia' die Rede sein? —

9. Werfen wir einen Blick auf die anderen Stellen!

Hier tritt uns vor allem eine Reihe von Aussprüchen entgegen, die klar und deutlich die Tendenz der Römischen Juristen zeigen, erst an das perpetuierte Verhalten die vom Gesetze bestimmten poenalen Folgen zu knüpfen.

Obenan steht auch hier wieder eine *Paulus*-Stelle, die l. 11 D. de in jus voc. 2,4: Hier wird im Anschluss an *Labeo* ausgesprochen, dass der libertus, der den Patron vor Gericht geladen habe, nicht strafbar sei, ‚si poeniteat' eum ‚et actionem remittat'.

---

[42] Vergl. *Seeger*, Festschrift, 1879, S. 25 Anm. 9.

[43] Diese Vermutung sprach *Pernice*, Labeo II. S. 48 Anm. 38 aus. *Seeger*, Festschrift 1879, S. 25 Anm. 9 sieht namentlich in dem Ausdruck „suffragium", den die Kaisererlasse mit Vorliebe gebrauchen (*Brissonius*, de verborum signif. s. v. Suffragium; vergl. auch l. 24 Dig. de don. inter vir. et ux. 29,1), eine Bestätigung dieser Ansicht.

[44] *Zachariae*, Versuch II. 272.

[45] *Zachariae*, l. c.

[46] *Lelièvre*, de con. del., p. 114. 115.

Durchaus zutreffend! Die blosse Ladung kann nicht als das vernünftigerweise Strafe Begründende angesehen werden, sondern erst die Nötigung, dass der Patron gegenüber dem Freigelassenen vor Gericht auftritt. Im Fall der poenitentia hat der Libertus daher im Sinn des Gesetzes den Patron gar nicht in jus vociert. Denn eine Ladung, die zurückgenommen wird, ist bedeutungslos.

Ganz ähnlich interpretiert *Terentius Clemens* l. 10 de jure patron. (37,14).

Eine Anklage liege mit der ‚nominis delatio‘ vor, jedoch eben nur unter der Voraussetzung ‚nisi abolitionem petat‘. Das sei schon des Proculus Ansicht gewesen.

An einer anderen Stelle l. 14 Dig. de bon. lib. (38,2) bemerkt *Ulpian*, man könne erst dann von einem ‚accusasse‘ sprechen, wenn der Ankläger es ‚ad sententiam‘ habe kommen lassen. ‚Ceterum si ante quievit, non accusavit et hoc jure utimur‘. Mehr! Im Fall der Einlegung einer Appellation könne der Ankläger auch dann noch zurück. „Sed si appellatione interposita desiit, benigne dicetur, non pertulisse accusationem“.

Derselbe *Ulpian* meint l. 16 § 3 Dig. de bon. lib. (38,2) Petisse in servitutem non videtur, qui ante litem contestatam destitit. Sed etsi post litem contestatam, dicendum est nec id nocere debere: quia non usque ad sententiam duraverit.

An das oben citierte Quellenzeugnis aus *Paulus* Sentenzen erinnert, was *Marcian* l. 1 de l. Pomp. de parr 48,9 sagt. Strafbar sei ‚et praeterea qui emit venenum ut patri daret, quamvis non potuerit dare‘. Der Gegensatz zu einem ‚noluerit‘ liegt auf der Hand, und ist schon von der *Glosse* richtig erfasst worden. —

Auf die Stellen, welche den Charakter politischer Utilität tragen, kommt es hier nicht an. Nur erwähnt mag werden, dass *Callistratus* im Fall der Meuterei von Gefangenen bemerkt, ‚eos, qui conspirationem eorum detexerunt, relevandos esse‘. *Arcadius* und *Honorius* l. 5 Cod. ad. l. Jul. maj. (9,8) verhiessen im Fall der hochverräterischen Verschwörung ausser der Straflosigkeit dem entdeckenden Mitschuldigen ev. auch noch Belohnung („et praemio a nobis et honore donabitur“).

Ebenso sind es politische Rücksichten, welche in einem anderen Falle die Straflosigkeit ausschliessen. Ich meine das Gesetz der

Kaiser *Valentinian*, *Theodos* und *Arcad* gegen die Apostasie l. 3 Cod. de apost. 1,7. Dasselbe ist trotzdem ein wichtiges Argument für uns, indem hier ausdrücklich anerkannt ist, poenitentiam solere aliis criminibus prodesse. Bei der Apostasie dagegen ‚nullo remedio poenitentiae succurritur'.

10. Noch mag auf diejenigen Quellenzeugnisse eingegangen werden, die man häufig für das gegenteilige Princip anführt.

Zwei Aussprüche von *Ulpian* spielen eine Rolle, beide auffallenderweise mit demselben Schlusse: ‚nemo enim tali peccato poenitentia nocens esse desinit'.

In der ersten heisst es, l. 17 § 1 D. de aed. ed. (21,1) nach *Caelius*' Ansicht sei auch der freiwillig zurückgekehrte Sklave ‚fugitivus'. Nun, das ist eigentlich selbstverständlich. Auch handelt es sich hier nicht um ein Delict, sondern um einen Fehler des Sklaven, der dessen Preis erheblich reducierte. Man würde die Stelle überhaupt nicht hier zu erwähnen haben, wenn nicht der Schlusssatz angehängt wäre, der übrigens ausdrücklich als *Caelius*' Motivierung hingestellt wird. „Einer solchen Vergehung hört er nicht auf schuldig zu sein" und der Verkäufer muss daher auch für diesen Sklaven die Garantie tragen. Denn die Behauptung ‚Fugitivum, erronem non esse noxa solutum esse' etc. trifft nicht zu.

Ebenso wenig beweist die berühmte ‚Lex qui ea mente' gegen uns. Auch diese Stelle ist *Ulpian*. I. ad ed. aed. cur. entnommen und ein „fur" ist natürlich auch der ‚servus', der dem ‚dominus das Weggenommene zurückgiebt.

„Die Anschauung des Gajus bez. des Raubes aber in l. 5 de vi bon. rapt.", lässt sich, wie *Pernice* treffend bemerkt [47] „wohl darauf zurückführen, dass man den Raub zu seiner Zeit noch mehr als Gewaltact auffasste; dieser aber wird natürlich durch Rückgabe der gestohlenen Sache nicht beseitigt". [48]

Im Ernst kann nur eine Stelle angeführt werden, die Bedenken erregen könnte. Es ist die l. 8 Cod. ad l. Corn. de fals. (9,22) Impp. Valerianus et Gallienus AA. et Valerianus C. Marino.

---

[47] *Pernice*, Labeo II. 49.

[48] Vergl. auch *Carpzov*, Pract. nov., Qu. XC. (Rapina seu Robbaria) nr. 59 „securitas violata non restituitur".

Si falsos codicillos ab his contra quos supplicas factos esse contendis, non ideo accusationem evadere possunt, quod se illis negent uti. nam illis prodest instrumenti usu abstinere, qui non ipsi machinatores falsi esse dicuntur et quos periculo solus usus adstinxerit. qui autem compositis per scelus codicillis in severitatem legis Corneliae inciderunt, non possunt defensiones eius recusando crimen evitare. PP. III. k. Jul. Aemiliano et Basso conss. — (a. 259.)

Nach dem Wortlaut der Lex Cornelia de falsis (testamentaria, um die es sich hier handelt) wie wir ihn aus *Paulus*, *Sueton*, *Tacitus* und *Paulus Diaconus* zu restituieren vermögen, kann allerdings das „Gebrauchen" des Testamentes gar nicht in Betracht kommen. Schon die Hervorrufung eines Falsum, sei es durch Unterdrückung, Veränderung oder Neuschaffung, erscheint als Centrum der Lex. Man konnte also freilich sagen, dass der Verfertiger falscher Codicille ‚in severitatem legis Corneliae' gefallen sei. Jedoch ist im Sinne des *Paulus* und der Interpretation zur Zeit der klassischen Römischen Jurisprudenz allerdings wohl anzunehmen, dass man auch hier als stillschweigende Voraussetzung ansah, der Fälscher werde seinerseits alles thun, um von der Urkunde Gebrauch zu machen. — Wie liegt der Fall hier?

Die Personen haben falsche Codicille ‚dolo malo' (per scelus) angefertigt — aber die Sache ist an das Tageslicht gekommen. Jetzt wollen sie der Anklage dadurch entgehen, dass sie erklären: wir wollen keinen Gebrauch von der Fälschung machen! Nun, ich dächte wahrhaftig, man könnte daran nicht zweifeln, dass ihnen das nichts hilft. Würde denn nach Deutschem Reichsrecht, etwa nach § 268, ein Richter in solchem Falle Rücktritt vom Versuch annehmen? Es war gewiss die Ueberzeugung begründet, dass sie, hätte man das Falsum nicht schon erkannt, davon Gebrauch gemacht haben würden. Es liegt also eine casuelle Verhinderung, nicht ein freiwilliges Abstehen vor.

Freilich, meint das Rescript, hätten sie die Codicille nicht selbst angefertigt, dann könnte man ihnen nicht beikommen. Denn dann könnte ja erst auf das wirkliche Gebrauchmachen eine Anklage gegen sie gestützt werden. So aber genügt der bereits vorliegende Thatbestand völlig, eine solche gegen sie zu erheben. So verstehe i c h das Rescript.

Wenn man aber auch annimmt, die Verfasser desselben hätten geglaubt, auf den Gebrauch des Falsum käme es überhaupt nicht an, würde das irgend etwas gegen die sonstige Wirksamkeit der poenitentia beweisen?

Man würde daraus doch nur soviel folgern können, dass man über das im Gesetze bezeichnete Centrum nicht hinausging, dass man dieses als Grenzpunkt für die Interpretation zu Gunsten der poenitentia ansah. Mittelpunkt des Gesetzes war in der Lex Cornelia de sic. der Tod eines Menschen, um diesen gruppierten sich die aufgezählten Thatbestände; in der L. Corn. de falsis ein Falsum. Schon dieses liess sich durch sein blosses Dasein als Quelle von Uebeln, und daher schon selbst als ‚Corpus delicti‘ ansehen.

Freilich, rationellen Principien entspricht es erst, den Schwerpunkt in das Gebrauchmachen der Fälschung zu verlegen, wie es z. B. bei uns für die Urkundenfälschung, dagegen nicht für die Münzfälschung anerkannt ist (daher die eclatante Dissonanz zwischen § 268 und § 149 D. St.-G.-B.). Auch glaube ich, dass die Interpretation eines *Paulus* etc. z. B. im Falle freiwilliger Vernichtung des noch nicht entdeckten Falsum unbedenklich Absolution auf Grund von justa poenitentia erteilt hätte. Und hier, wie nochmals hervorzuheben ist, berechtigt ja von vornherein die species facti nicht im mindesten zur Annahme freiwilligen Rücktritts. Höchstens kann die Motivierung Zweifel erwecken, jedoch ist auf die eines kaiserl. Rescriptes vom J. 259 nicht zu grosser Wert zu legen, noch dazu da die ganze Fassung, besonders der mysteriöse Schluss (defensiones eius recusando! was soll das heissen?) nicht gerade auf einen Meister schliessen lässt.

11. Ich denke, es kann nach dem Entwickelten keinem Zweifel unterliegen, dass die Römer voll und ganz das Princip straflosen Rücktrittes kannten. Gerade der Umstand, dass bei ihnen der Versuchsbegriff kein formeller, sondern ein materieller war, liess dem Grundsatz der ‚justa poenitentia‘ freien Spielraum. Dass zwischen Rücktritt vom Versuche und vom vollendeten Verbrechen, zwischen Rücktritt und thätiger Reue nirgend bestimmt unterschieden wird, wie *Pernice* bemerkt, ist danach selbstverständlich. Die Grenze fand die Interpretation in der Herbeiführung des im Sinne des Gesetzes als Culminationspunkt, als Delictsübel aufzufassenden Factums. — Auch *Pernice* bekennt, dass die

Römischen Juristen „durchgängig dem Rücktritte und der thätigen Reue“ eine „grosse Bedeutung“ zuschreiben. Ich sehe daher wahrhaftig nicht ein, warum sich dieser hervorragende Rechtshistoriker darauf steift, durchaus ein Princip leugnen zu wollen. Dass bei der Apostasie criminalpolitische Rücksichten da selbe durchbrochen haben, ändert daran nichts. Was die Testamentsfälschung angeht, so liegt in dem concreten Falle, um den es sich handelt, überhaupt keine justa poenitentia, sondern casuelle Verhinderung vor. Beim „Raube“ dagegen wurde der Gewaltact durch die poenitentia nicht beseitigt, wie P. selbst ausführt.

In den übrigen Stellen kann, nach seiner eigenen Ansicht, kein Zweifel sein. Dass sie fast wie Gnadenerlasse klingen, kann ich nur bei einigen finden. Aber das ist Stil, Stil in fast allen Strafgesetzgebungen bis in die neueste Zeit, dass überall da, wo der Gesetzgeber Straflosigkeit, wenn auch aus Rechtsgründen statuiert, er sich als gnädiger Herr geriert!

Die treffliche Ausführung, klare und unbefangene Darstellung von *Pernice*, die durchweg [49] das übertrifft, was die i. d. R. voreingenommenen Strafrechtler ex professo in dieser historischen Frage geleistet haben, wird u. E. daher nur durch die Sucht getrübt, durchaus auch hier eine Principlosigkeit zu statuieren. Allerdings ist dies nur die natürliche Antithesis gegen das bisherige Streben, das Principloseste im RR. als das Principgemässeste darzustellen, — — und die Synthesis wird ja hoffentlich nicht ausbleiben!

Die Voreingenommenheit den historischen Quellen gegenüber hat jedenfalls in unserer Materie den Gipfelpunkt in *Zachariae* und *Luden* erreicht, die a priori den Römern vordemonstrieren, dass sie gar keinen straflosen Rücktritt kennen **könnten!** Als ob die Römer die unpraktischsten, beschränktesten Pedanten der Welt gewesen wären! Ein Mann lauert in Erregung seinem Feind mit dem Dolch auf, dann aber kühlt sich seine Leidenschaft ab und er geht ruhig nach Hause. Später — nach Jahren — erzählt er den Vorfall im Kreise vermeintlicher Freunde. Er wird von einem derselben angeklagt. Er leugnet den „Spaziergang“ auch nicht, weist aber auf sein freiwilliges Abstehen hin. Sollten die Richter

[49] Auch der um die Wissenschaft des Römischen Strafrechts hochverdiente *Seeger* scheint in dieser concreten Frage etwas befangen.

wirklich den Mann vom Wasser und Feuer interdiciert, in späterer Zeit sogar mit dem Tode betraft haben? Nach *Zachariae* ist das sicher!

Ich sage mit Bestimmtheit: in einem Lande, wo ein ‚ambulare cum telo hominis occidendi causa' schon wie ein Mord bestraft wird, da ist die Straflosigkeit freiwilligen Rücktritts **Naturnotwendigkeit.** Denn jener Thatbestand trägt ja nicht in sich die Strafwürdigkeit des Mordes, sondern er begründet nur unsere Ueberzeugung, dass der Thäter einen Mord begangen haben würde. Hierzu aber ist nötig, dass auch das fernere uns bekannte Verhalten dem bösen Vorsatz entsprochen hat. Dies ist nicht der Fall bei freiwilligem Abstehen. Also können wir hier auch nicht jene Ueberzeugung gewinnen, und von einer Strafe kann daher keine Rede sein.

II. Capitel.
Das Canonische Recht.

12. Das Canonische Recht spricht häufig von einer ‚poenitentia'. Dieser terminus bezeichnet aber entweder das Busssacrament oder die auferlegte Kirchenbusse oder die conversio morum oder endlich das „Gereuen" im Sinne des Lebens.

Der Begriff der thätigen Reue in der Bedeutung, dass dadurch eine die üblen Folgen des bisherigen Verhaltens ausschliessende Sinnesänderung bezeichnet würde, ist dem Can. R. formell wie materiell fremd. Nach ihm wird durch die Reue das Wesen der That in keiner Weise alterirt. Schon im Versuch, ja schon im Gedanken liegt die Verschuldung. Zu dieser Auffassung musste mit Notwendigkeit die Lex divina führen: Si quis viderit mulierem ad concupiscendum eam, jam moechatus est eam in corde suo. [50]

Mit derselben Entschiedenheit, mit der wir nach RR. Praesumptionsthatbestände anerkennen, müssen wir dieselben nach Can. R. leugnen. „Das Delict ist vollendet, wenn der verbrecherische Wille

[50] Vgl. dazu im Decr. Grat C 32 qu 5 cap. ‚sicut enim' (10), cap. ‚si Paulus' (11), ‚qui viderit' (13); C 32 qu 7 cap. ‚non solum' (15)

irgendwie erkennbar geworden ist.[51] Einen Versuch giebt es nicht. Denn der sündige Gedanke ist schon an sich Verbrechen und gehört dem Forum externum mit dem Momente an, wo er sichtbar wird.

In dem äusseren delictuosen Verhalten sah ja das Can. R. principiell nichts, als den Ausdruck der sündigen Persönlichkeit. Diese sollte durch die Strafe zu Gott zurückgeführt werden.

Die Letztere war daher im Falle jeder Schuld am Platze, und eine solche liegt ja schon vor, wenn sich der Mensch auch nur irgend einem verbrecherischen Gedanken hingiebt. Wenn daher das gestraft wird, was wir heute Versuch nennen, so sollte damit nicht die präsumptive Vollendung, sondern die in der versuchenden Thätigkeit als solche liegende moralische Verschuldung getroffen werden.

Dieser canonische Standpunkt, der übrigens durchaus im Einklang mit der Lex divina des NT steht, musste aber noch eine andere Consequenz haben, die für uns äusserst wichtig ist.

Wenn die Strafe nichts sollte, als den Verbrecher zurückführen zu seinem bessern Selbst, ihn wieder in Harmonie zu setzen zu dem göttlichen Willen, — dann war sie überhaupt nicht eine Strafe des Verbrechens, keine Vergeltung desselben, sondern sie war Züchtigung der sündigen Persönlichkeit, um die ‚conversio morum‘ herbeizuführen.

So spricht es denn Papst Leo in der schönen Stelle des Decretum aus: Odio habeantur peccata, non homines: corripiantur timidi; tolerentur infirmi: et quod in peccatis severius castigari necesse est, non saevientis plectatur animo, sed medentis. —

Wenn nun aber der Sünder sich schon zu Gott wieder gewendet hatte und einen sittenreinen Wandel führte, wenn er also völlig „geheilt“ war, wie dann?

Die Antwort liegt auf der Hand! — Die christliche Religion lehrt uns, dass durch wahre Reue die Sünden des Menschen von ihm abfallen, wie dürres Laub von den Bäumen.

Der Canon ‚ponderet‘ steht durchaus auf dem Boden der Hl. Schrift in Decr. Grat. can. XIII. I. Dist. L. Calixtus Papa Ponderet....

---

[51] *Katz*, Grundriss, S. 23.

Porro sanctus David de mortiferis criminibus poenitentiam egit, et tamen in honore permansit. Beatus quoque. Petrus amarissimas lacrymas fudit, quando dominum se negasse poenituit, tamen Apostolus permansit. Et dominus per prophetam pollicetur dicens, Peccator in quacumque hora conversus fuerit et ingemuerit, omnium iniquitatum ejus non recordabor amplius ....

Es wird uns denn auch wirklich bezeugt, dass kein anderer als der Speculator (*Guilelmus Durantis*) gemeint habe, wenn sich der Sünder bereits zu einem makellosen Wandel gewendet habe, dann könne er weder angeklagt noch bestraft werden.

Hippolytus de Marsiliis unterschrieb diese Ansicht voll und ganz.

Freilich ist offenbar, wie sich dieser Standpunkt des Can. R. kaum durchführen liess. Und so vertrat schon *Andreae* die Ansicht, die poenitentia des Verbrechers könne nichts ausmachen.

Hier freilich spielt wieder die poenitentia als „Kirchenbusse" herein — und es ist ein wahres Leidwesen, dass die Erkenntnis durch den vieldeutigen Sinn jenes terminus ungemein erschwert wird.

Ich verweise in Bezug auf diese Frage, wie sich dieselbe praktisch in Combination mit dem Römischen Recht gestaltete, auf das Zeugnis des *Tiraquellus*, welches in seinen wichtigsten Teilen weiter unten ‚in extenso' mitgeteilt werden wird.

III. Capitel.

Die romanische Gesetzgebung und Wissenschaft des Mittelalters. [52]

13. Im Röm. R. war, wie wir gesehen haben, die ‚justa poenitentia' diejenige Sinnesänderung, welche es nicht zum Eintritt des Delictschadens kommen lässt. Sie steht also in erster Linie nicht in Beziehung zum Thäter, sondern zur That. Sie verhindert,

[52] Vgl. nam. *Seeger*, Ausbildung der Lehre vom Versuch in der Wissenschaft des Mittelalters. Tüb. Univ.-Progr März 1869. — Durch diese



dass die letztere die rechtliche Bedeutsamkeit als Verbrechen gewinnt.

Ganz anders im Can. R. Hier handelt es sich ausschliesslich um die poenitentia des Thäters. Der Charakter der That wird durch dieselbe nicht im mindesten alteriert. Es ist die Persönlichkeit des Verbrechers, nicht die Beschaffenheit der Handlung, welche dann in anderem Lichte erscheint.

Diese beiden verschiedenen Auffassungen fliessen in der Wissenschaft des Mittelalters zusammen.

Zunächst freilich hatte die Glosse den römischen Charakter der poenitentia noch völlig correct aufgefasst und noch nicht durch den moralischen theologisierenden Zug der Reue verwischt.

Bald aber — und es konnte ja auch bei der Gleichheit des terminus nicht anders kommen — vermochte man beides nicht mehr völlig auseinanderzuhalten — man behandelte die poenitentia als einheitlichen Begriff und unterschied die Poenitentia ante delictum perfectum et consummatum und die post delictum consummatum.

Bei der ersteren werden dann weitere Distinctionen gemacht, je nachdem der Thäter seine ‚cogitatio' bereute und es daher gar nicht zu äusserer Thätigkeit kam, oder derselbe bereits bis zum letzten entscheidenden Act gelangt war. Bei dem was post del. perf. et cons. liegt, unterscheidet man, ob die Sache ‚in pristinum statum' zurückgeführt werden kann oder nicht. Den letzteren Fall wollen einige Juristen völlig ausscheiden, andere ziehen denselben mit herein.

14. Die Glosse zum C. Jur. Civ. beschäftigt sich mehrfach mit der ‚poenitentia'. Die beiden Hauptstellen seien hier mitgeteilt.[53]

Schrift sind *Luden* Abt. I (1863) 4. Cap. und *Zachariae* Versuch II (1839) 7. Cap. 2. Tit. 2. Abschn. grossenteils antiquiert. — Das Material, welches *Baumgarten* Versuch (1888) 70—73, 95—96 beibringt, stammt teilweise aus *Zachariae*. Denn S. 96 Anm. 96 ist sogar ein falsches Citat oder ein Druckfehler (Qu. XXIV statt CXXIV), der sich bei *Zachariae* Versuch II § 275 S. 284 Anm. 5 findet, von B. recipiert.

[53] Um die Distinctionen kenntlich zu machen bezw. den Ueberblick zu erleichtern, habe ich Zahlen und Buchstaben in den Text der Glosse eingeschoben.

1. Zur Lex Qui ea mente.

Ultimo distingue circa poenitentiam: quia aut in [A] contractibus: aut in [B] delictis... [B I] in delictis si quidem statum est in finibus voluntatis, et non est processum ultra: licet poenitere et sic poenam evitare: ut j de poe. l. cogitationis. [B II] Si processum est ad actum: [B II 1] si quidem consummatum est et perfectum non potest postea poenitere ut evitet poenam. [B II 2] Si autem ad actum non consummatum nec perfectum: [B II 2 a] si quidem quia noluit, sed potuit: licet poenitere et non incidit in poenam: ut j. ad l. Corn. de fals. l. qui falsam. Nisi in casu: ut C. ad l. Jul. maj. l. quisquis. Si vero [B II 2 b] quia non potuit, nihilominus tenetur: ut j ad l. Pop de parr. C. l. j. in fi.

2. Zur const. Si quis non dicam.

. . . . sic distingue, [I] aut quis cogitavit tantum delinquere, et ad actum non processit, et tunc non punitur. ita loquitur ff. de poe. l. cogitationis. nam primi motus non sunt in potestate nostra. [II] aut ad actum processit: et tunc [II 1] aut perduxit ad effectum, et indubitanter punitur, sive utatur sive non: ut ff. quod quisque jur l iij in prin. [II 2] aut non perduxit: et tunc [II 2 a] aut quia noluit; et hoc casu ei parcitur. et sic loqui. ff. ad leg. Cor. de fal. l. qui falsam et ff. ad Turpil. l. quaesitum. [II 2 b] aut quia non potuit et tunc [II 2 b α] aut erant atrociora: et hoc casu punitur ac si ad effectum perduxisset: ut hic . . . [II 2 b β] aut non erant atrociora: et hoc casu non punitur . . . item [II 2 b α'] aut non desiderant juris efficaciam, [II 2 b β'] aut desiderant et hoc casu quis non punitur j si mancip. ita fue alien. lex ea quidem.

15. Die Glosse zum Corp. Jur. Can. can. cum laici (l. x. c. 10 III 18) nimmt einen ‚locus poenitentia' bei allen Delicten an. Gleich hier möge diese Stelle Platz finden, wobei wir aber an den principiellen Unterschied gegen die Römische Poenitentia erinnern möchten!

Glosse zum Canon ‚Cum laici'.

Poenitentia ducti. Et ita licitum est poenitere, et contra factum suum venire. [Citt.][54] Arg. contra [Ctt.!] . . . . Sol. non

[54] [Citt.] bedeutet, dass an dieser Stelle im Originaltext eine Reihe Citate bezw. Belegstellen folgen.

est locus poenitentiae nisi in casibus, puta si iusta causa subest [Citt!] vel si aliquid inopinatum emerget [Citt!] et in omnibus delictis et maleficiis.

Arg. 1 dist. ponderet et s̃ de reb. eccle. alie. vel nõ si quis presbyterorum.

16. Aus diesen Stellen ergiebt sich die Straflosigkeit des freiwilligen Rücktritts. Als einzige Ausnahme wird in der Glosse zur L. Qui ea mente der Fall der Lex quisquis angeführt.

„*Henricus de Segusio* [55] („Ostiensis") nennt in der summa decretal., Tit. de poenis § Quae quibus et per quem Nr. 9 als weitere Ausnahmen versuchten Selbstmord und versuchte Verletzung eines Asyls". [56]

Odofredus († 1265) macht in seinem Commentar zum Codex ad const. 5 de episc. et cler. (1,3) [die bekannte l. Si quis non dicam rapere] folgende Distinction:

1) aut aliquis cogitat delinquere, et agit et perficit,

2) aut quis cogitat delinquere nec agit nec perficit,

3) aut agit et perficit sed non cogitat delinquere (quod casu et furore delinquit),

4) aut nec cogitat nec agit nec perficit.

Der für uns gerade interessante Fall, der des Versuchs kommt erst bei der Ausführung hinzu; nämlich:

5) cogitat et agit sed non perficit. [57]

Hier wiederum wird zwischen [5a] freiwilligem Abstehen und [5b] zufälliger Verhinderung unterschieden. In letzterem Falle ist die Regel Strafbarkeit; Ausn. bei leichteren Delicten; „in Bezug auf blosse cogitatio und freiwillig aufgegebenen Versuch schliesst er sich ganz an seine Vorgänger an." [58]

---

[55] Die Darstellung der Lehre von *Henricus de Segusio* an bis zu *Felinus Sandeus* ist *Seeger* entnommen. Ich vermochte mir die fraglichen Werke nicht zu verschaffen.

[56] *Seeger*, Tüb. Univers. Progr. März 1869. S. 13 Anm. 7.

[57] Kurz übersetzt ist die Distinction des *Odofredus* folgende:

1. = Vollendung,
2. = Nuda cogitatio,
3. = Scheinverbrechen,
4. = kein Verbrechen, contradictorisch zu 1.)
5. = Versuch.

[58] *Seeger*, l. cit., S. 13—14.

Dieselben Distinctionen machen der Canonist *Guido de Baisio* (Archidiakonus) (lectura super decreto zu C.17 qu. 1 „can. ult“ corr.: dictum Gratiani ‚si ergo‘), der jedoch den zufällig misslungenen Versuch allgemein für strafbar zu halten scheint; *Jac. de Arena* (XIII. Jh. II. H.), der das vierte Glied (welches in der That reiner Logicismus ist!) weglässt, ferner *Albertus de Gandino*, tract. de malef. Rubr. de poenis reorum Nr. 2—9.

„Die Straflosigkeit des freiwillig abgebrochenen Versuches erkennen alle diese Schriftsteller als Regel an; doch will hievon *Jac. de Arena* das Majestätsverbrechen, die Verletzung des Asylrechtes“ [so schon *Henricus de Segusio*] und den Fall der L. Siquis non dicam . . ausnehmen.[59]

Auch *Jacobus de Ravanis* († 1296) und seine unmittelbaren Nachfolger stehen auf der Basis des Odofredus. Dasselbe gilt von *Petrus de bella Pertica*, lect. sup. prima parte Cod. zu const. 5 de episc. Im Fall des Versuches markiert er den Gegensatz zwischen civilis obligatio und Criminalklage. Hier bespricht er ausführlich den Rücktritt, offenbar[60] aber nur, interessanterweise, den Rücktritt vom qualificierten Versuch, wozu ihm die herangezogene Stelle 21,7 de furt. 47,2 Veranlassung gab. Die Strafe des „principalen beabsichtigten Verbrechens“ entfalle beim Rücktritt, bei zufälliger Verhinderung finde sie statt (wenigstens im Fall des conatus proximus. — Das Nähere bei *Seeger* S. 17).

Jacobus de Buttrigariis lectura zu cit. 5 C. de episc. bemerkt, dass die „actus facti remoti“ darum mit geringerer, ausserordentlicher Strafe zu belegen seien, „weil bei diesen noch Hoffnung auf Reue bestehe.“[61]

Albericus de Rosciate giebt eine siebenfache Einteilung und distinguiert beim Versuch in

1) freiwilliges Abstehen: Straflosigkeit. Ausn. bes. b. Majestätsverbrechen.

2) natürliche

3) rechtliche Unmöglichkeit der Vollendung

---

[59] *Seeger*, l. cit., S. 14—15.
[60] Nach *Seegers* Referat S. 17 zu schliessen.
[61] *Seeger*, l. cit., S. 18—19.

4) den Fall, wo die Vollendung zwar in Wirklichkeit, nicht aber nach der Vorstellung und dem Willen des Thäters unterbleibe.[62]

Interessant sind die Ausführungen des *Baldus* (1327—1400) in Bezug auf den Rücktritt vom qualificierten Versuch, (comm zu const 5 de episc. Nr. 16. Quarto op.): „Si autem sit delictum quod in sui principio aliquem laedat vel offendat specialem personam: verbi gratia: Insultans me animo occidendi licet poeniteat insultantem tamen de isto praeambulo bene punitur: quod non debet haec iniuria remanere impunita: ut ff. de priv. del. l. nunquam plura [47,1,2]. Non ergo parcitur sibi quamvis non consummavit insultum al's [?] delictum sed bene parcetur sibi quantum ad penam l. is qui cum telo [Cod. 9,16,7]." Ib. Nr. 9 § Aut. non cog. neque egi „ . . . quando ex tali delicto ceperit alius offendi licet principale intentum non puniatur punitur tamen accessorium seu praeambulum. ut in eo qui fregit ostia causa committendi adulterium. nam licet poeniteat tamen punitur de fractura ostiorum. Ratio: quod cum delictum principale non sit consummatum non potest cum eo confundi."[63]

Bartholomaeus de Saliceto (Comm. ad Cod. 1400) behandelt ad c. 7 ad l. Corn. de sic. und const. 1 Cod. stell. 9,34 die Straflosigkeit freiwilligen Rücktritts; *Felinus Sandeus* 1444—1503. In „Responsio epistolaris ad amicum interrogantem: quando conatus puniatur" (eingeschaltet hinter der Erörterung zu x V, 39 de sent. excomm.) (*Seeger*, S. 25; 27; 45.)

17. Man hat behauptet[64], dass *Andreae* († 1348) und *Angelus Aretinus* († 1451) die Straflosigkeit geleugnet hätten. Jedoch liegt dem ein Missverständnis zu Grunde. Freilich antwortet *Aretinus* in der Gl. ‚vestem coelestem' p. 173 c. 2 n. 39 auf die Frage:

Auferens animo lucrandi, si postea poenitentia ductus voluit restituere — an teneatur furti . . . .

Ang.: tenetur furti (p. 174 c. 1) l. qui ea mente ff. de fur. Dazu verweist *Augustinus de Arimino* auf *Jo. Andreae* in can. cum laici de jure patro.

---

[62] *Seeger*, l. cit., S. 19.

[63] *Seeger*, l. cit., S. 22—23.

[64] *Hälschner*, System S. 201 Anm. 3.

Dass die Ansicht der ersteren betr. die rechtliche Irrelevanz einer Restitution beim furtum kein Zeugnis gegen die Straflosigkeit eines Rücktritts vom Versuch enthält, hat schon *Seeger* mit Recht bemerkt.[65]

Was *Andreae* angeht, so berufen sich allerdings auch andere mittelalterliche Autoren, nam. *Julius Clarus*, auf ihn als Zeugen dafür, dass die Poenitentia keine Straflosigkeit bewirke. In gewissem Sinne mit Recht. Jedoch den freiwillig abgebrochenen Versuch, also unseren Fall, betrifft dies auch hier nicht, und wenn *Clarus* (s. u.) dies trotzdem meint, so ist er, wie so häufig, im Irrtum. Angeblich sollen die Bemerkungen *Andreae's* zum canon ‚cum Laici (Episcopis nescientibus etc.)' im Titel de jure Patronatus der Decretalen Gregors IX.[66] die fragliche Ansicht enthalten.

Zunächst mag bemerkt werden, dass die „poenitentia", von der hier die Rede ist, strafrechtlich in dem pp. Fall gar nicht in Betracht kommt. Doch die Glosse hatte das Vorkommen dieses terminus an dieser Stelle benutzt, um sich über die Relevanz der Poenitentia für die Bestrafung oder Nichtbestrafung zu äussern.

Davon geht auch *Andreae* aus.[66a] Er erwähnt, dass die Glosse zu der Stelle das Brocardon gäbe „quod licitum sit poenitere" und dafür 9 Stellen aus dem C. Jur. Civ. anführe. Jedoch werde daselbst auch die entgegengesetzte Ansicht vertreten und 6 Fälle für diese citiert. Der Meinung, dass ohne weiteres bei allen Delicten die poenitentia Straflosigkeit bewirke, tritt *Andreae* entgegen: „istud tam generale dictum *Vincen.*[66b] cuius fuit gl. non procedit nisi in foro poenitentiali, in quo etiam circunstantia perseverantiae aggravat, ut patet etc. In foro autem judi-

---

[65] *Seeger*, G.A. XVIII. (1870) S. 234.

[66] C. 10 de jure Patronatus X. (tit. 38 lib. 3).

[66a] Ed. Andr.: *Joannis Andreae*, J. C. Bononiensis . . . In tertium Decretatium librum Novella Commentaria. Venetis, Apud Franciscum Franciscium, Senensem 1581. — das. fol. 192—193.

[66b] Jedenfalls Vincentius Bellevacensis (Vincent de Beauvais), gel. Dominicaner des XIII. Jh. (1190—1284) — Cf. Michaud Biogr. universelle, tome XLIII p. 539 sqq.



ciali **regulariter** in delictis **consummatis** poenitentia non relevat a poena. quandoque tamen ipsum attentare vel inchoare est delictum consummatum . . . . . Capitulum ‚ponderet‚ loquitur quoad habilitatem dispensandi quae non fieret cum impenitente . . . . non loquitur de pena criminis: sed de pena contumacie ut plene nō de cler. q. sicut in ultr. glo. ex cuius glose principio notare potes VI. casus in quibus etiam ad evadendam penam sufficit penitentia. (Zwei weitere ‚casus' fügt *Andreae* bei. — Ausserdem werden erwähnt Fälschung, Verbergung eines ‚servus fugitivus', Häresie. — Zuletzt wird der Fall besprochen, wo es sich um Contumacialstrafen handelt, und wird diesem zutreffender Weise ein abweichender Character vindiciert.)

Nachdem wir hiermit über die einschlagende Stelle im Commentar des *Andreae* vollständig referiert haben, dürfen wir mit Recht auf Grund dieser Darlegung behaupten, dass von einem Leugnen der Straflosigkeit im Falle des freiwillig abgebrochenen Versuches bei diesem Autor auch nicht im entferntesten die Rede sein kann. Bei der geringen Akribie der mittelalterlichen Schriftsteller dürfen wir uns jedoch ganz und gar nicht wundern, wenn z. B. ein *Clarus*[66c] diesem Irrtum erlegen ist. Wer auch nur eine geringe Kenntnis der damaligen Wissenschaft besitzt, weiss, wie kritiklos und oberflächlich dieselbe arbeitete. Dieselben Stellen werden oft für die entgegengesetztesten Dinge der Welt citiert. Bis zu einem gewissen Grade freilich kein Wunder, da eben Confusion allenthalben an der Tagesordnung mittelalterischer Gelehrsamkeit und (namentlich auch) mittelalterlicher Ausdrucksweise steht.

18. Die italienische Jurisprudenz des XVI. Jahrh. bietet für unsere Frage eine ungemein reiche Ausbeute. Es ist in der That überraschend, eine Fülle von Fragen meist in durchaus glücklicher Weise behandelt zu sehen, die noch heutzutage Gesetzgebung und Wissenschaft auf das Lebhafteste beschäftigen.

[66c] Über die Akribie (!) des *Clarus*, die ausserordentliche Fülle der bei ihm vorkommenden Widersprüche etc. vgl. nam. *Simoni.* Alberto de —, Dei delitti considerati nel solo affetto ed attentati, P. I. Cap. IV. § 5 [in der III. Ed. Milano (Pirotta) 1818 p. 46 sequ.]



An der Schwelle dieser Zeit steht *Aegidius Bossius* [67] (1486 bis 1546). [67a]

Seine Ausführungen über unseren Gegenstand sind jedoch sehr spärlich. Im Tit. de extraordinariis criminibus verweist er betreffs der Strafbarkeit des Versuchs auf *Felinus.*

Im Tit. de crim. laes. maj. wird bei der Frage „An locus sit poenitentiae in hoc crimine laesae majestatis?“ einfach das RR. reproduciert, Straflosigkeit also bloss anerkannt, ‚si inita factione revelat, ante tamen secutum facinus.

Ein besonderes Interesse nimmt die Ausführung des *Julius Clarus* (1525—1575) [68] in Anspruch, insofern als dieser nicht auf dem Standpunkt der communis opinio steht.

Im § fi(nal) lib. V. q. LX. n. l. 7 vers fui quandoque interrogatus, nunquid in delictis poenitentia excuset? lautet das Resp. nämlich wie folgt.

Aut loquimur in P. post delictum commissum et ista non excusat, quin possit accusari . . . . (Das richtet sich offenbar gegen den Speculator) . . . sed neque ad evitandam poenam reperio, quod P. in aliquo prosit, praeterquam in crimine haeresis . . .

[cf. § *Haeresis* 24 col. 1 vers Sed quaero verb. „Caeterum si haereticus poeniteat et paratus sit redire ad fidem ecclesiae et abiurare suam haeresim, evitat poenas de jure haereticis impositas, est tamen ad perpetuus [sic!] carceres condemnandus.“ — Solle aber die P. von Wirksamkeit sein, so müsse der Häretiker nach *Grillandus* Ansicht gleich nach der Ergreifung sich bekehren, oder, nach der Spanischen Praxis, bis zum Urteil. Doch das Richtige sei, dass ihm ‚semper et post condemnationem‘ die P. zu statten komme. „Nam Ecclesia nulli gremium claudit, nisi his qui sunt in haeresim relapsi“.]

---

[67] Die Zeitangaben beruhen von *Andreae* an meist auf *Allards* Histoire de la Justice Criminelle au XVIième siècle. Ouvrage couronné Gand, Paris, Leipzig, 1868.

[67a] Ed. Boss. Aegidii *Bossii* Patritii Mediolanensis Tractatus variis Venetiis, Bonelli, 1574.

[68] Ed. Clar.: *Julii Clari* Alexandrini Icti . . . Sententiarum receptarum l. Vtus. Venetiis 1607. Apud P.M. Bertanum.



„Aut loquimur in P. ante patratum delictum, et tunc est distinguendum, nam si quidem poenituit, quia facere non potuit, non excusatur, sed punitur ac si perfecisset. sivero poenituit quia non voluit, tunc non in totum excusatur, sed mitius punitur. Et haec est doctrina *Jo. Andreae* in c. cum laici de jure patron., ad quam omnes recurrunt, ut dicit Aug. ad Ang. [s. o.!] Dicit etiam *Joan. de Lignan.* inter consilia criminalia diversorum, cons. 20 n. 16 l. 1 quod in hoc [p. 172 col. 2] resident omnes quod tamen intellige secundum ea, quae dixi inf. q. 92.“

In der letzteren [qu. XCII. p. 227 col. 1—228 col. 1] spricht *Clarus* nämlich allgemein vom affectus conatus vel. attentatum, si non sit sequutus effectus.

Dabei berichtet er folgenden Fall, den er vielleicht richtiger in die Lehre vom freiwilligen Rücktritt, der ‚poenitentia‘ q. 60 hätte bringen sollen: p. 227 col. 2. Et secundum hanc opinionem [dass der ‚conatus sine effectu‘ straflos sei] pluries vidi in senatu iudicari, et in specie de pudicitia attentata, Petrus Vicarietus, qui puellae nubilis lectum ascenderat et pectus tetigerat neque ultro progressus fuerat, habita remissione fuit absolutus, 3. Junii 1547, P. N.

19. *Menochius* 1532—1607 [69] widmet dem Rücktritt bereits eine ziemlich eingehende Behandlung.

Die Hauptstelle ist jedenfalls der casus 360: Conatus ad delictum quando et qua poena puniatur fusius quam hactenus factum sit, exponitur; nr. 9 ff. betr. den Rücktritt.

Auffallenderweise knüpft *Menochius* die Straflosigkeit an die Voraussetzung, dass es noch nicht zu den actus proximiores gekommen wäre.

Mir scheint aus der ganzen Darstellung dieses Juristen hervorzugehen, dass er die Straflosigkeit des Rücktritts zurückführte auf den Satz „Cogitationis poenam nemo patitur“. Darum betrachtet

[69] Ed. Menoch.: Jacobi *Menochii* Papiensis, Ic. . . de arbitrariis judicum quaestionibus et causis, centuriae VI. Genevae (Samuelis de Turnes) 1690.

er unsern Fall nicht aus dem Gesichtspunkt der willentlich nicht erreichten Vollendung, sondern aus dem der willentlich nur wenig überschrittenen ‚mala cogitatio‘. *Menochius* mochte als entscheidend für den Einzelfall ansehen: Liegen die actus extrinseci näher der cogitatio oder der consummatio. Hier musste er danach Strafbarkeit annehmen, dort — auf Grund des vermeintlichen Principes — Straflosigkeit.

Die fragliche Stelle lautet so:

Nr. 9. Quarto consideratur cogitatio cum aliquo facto extrinseco, sed antequam ad actus proximiores accederet, sponte facti is poenituit, ut puta, cogitavit quis alterum veneno necare, ex animi intentione venenum emit: atque ita ultra malam cogitationem paulo ulterius ad actum extrinsecum est progressus, attamen poenituit, atque

Nr. 10. ita venenum abiecit, vel etiam cum quis coepit falsam monetam fabricare quam cudit, sed adhuc imaginem non inpressit, et poenituit, hoc itaque in casu in foro exteriori (de se satis patet peccasse) hic non punitur.

l. qui falsum ff. ad l. Corn de falsis . . . [Citt.!]

Von der regelmässigen Straflosigkeit in diesem Falle werden als Ausnahmen genannt 1) einige delicta atrocia, 2) der qualificierte Versuch.

Nr. 11. . . . [Regula] non procedit in aliquibus delictis

Nr. 12. atrocibus, ut in crimine **apostasiae** l. hi qui sancitam C. de aposta. et in nonnullis illis, in quibus P. non conditur, ita Bart d. l. qui ea mente . . . Rursus intelligitur hoc in delictis, ex quorum principio nemo laeditur, ut in falsae monetae exemplo et similibus.

Nr. 13. secus si laederetur, ut quando quis alterum insultat et si non occiderit, sed poeniteat facti, attamen punitur: ita declarat *Bald* in l. si quis non dicam rapere 4 oppos C de Episc. et Cler.

Voraussetzung für die Straflosigkeit ist Freiwilligkeit, bezw. Mangel äusserer Hindernisse. Danach wird cas. 360 nr. 14—17 Strafbarkeit dann angenommen, wenn der Thäter den Versuch

nicht fortsetzte. ‚Facti impedimento ita impeditus, ne ulterius progrederetur‘; nr. 18—19 wird der Fall behandelt, dass ein ‚impedimentum juris supervenit‘. Dies gehört aber nicht mehr in die Lehre vom aufgegebenen, sondern in die vom untauglichen Versuch, — und ist daher hier zu übergehen.

20. Der Franzose *Tiraqueau* (Andreas Tiraquellus!) behandelt in seinem berühmten Werke „De poenis temperandis aut remittendis [70] (Op. Tom. VII.) . so viel ich sehe, ex professo nur die Poenitentia p o s t delictum commissum. Doch ergiebt sich aus den Worten „in consummatis delictis n o n i a m est locus Pae ad evitandam poenam delicti“ mit voller Sicherheit, dass er beim Versuche in gleichem Falle Straflosigkeit annimmt.

Seine Ausführung über die Reue nach der That ist aber sehr interessant, einmal durch das Referat über die Ansicht des Speculators und seiner Nachfolger, das andre Mal dadurch, dass *Tiraquellus* auch dieser P. Einfluss wenigstens auf das Mass der Strafe zuerkennt, die ‚poena ordinaria‘ also n i c h t verhängen will.

C. 28. Nr. 1. Si perpetrato crimine delinquentem illius poeniteat, fiatque bonus ipse delinquens, certe puniri non debet. ita allegatur voluisse Specu. in tit. de accusatore § 1 vers quid si quis interfecit patrem, per text. in cap. accusasti, de accus. et in cap. odio, 86. distinct quod pro not. et sing. refert et sequitur Hippol. Marsil. in l. qu. falsam, colum. 7. vers. et non omitto ff. ad l. Cornel. de Falsi Cui consonat, quod scribit Aristoteles lib. orbicularium quaestionum, 29 cap. 13. nihil errare judices, qui Reum usque adeo emendatum liberant, ut nihil praeterea delinquere vellet.

Nr. 4. At Joan. Andreae in d. c. accusasti et post eum Panormitan. alteram partem intrepide sequuntur, quoniam absolutus in foro poenitentiali potest accusari, et puniri in foro iudiciali, ut voluerumt gloss. et Doctor. in cap. de his, cod. titu. (cf. Tiraqu. selbst in c. XXV nr. 4) Et illud praeterea, quod in consummatis

---

[70] Ed. Tiraqu.: Operum omnium *Andreae Tiraquelli* Regii in Curia Parisiensi Senatoris Tomi VII. fol. Ed. III. Francofurti Curantibus Rulandiis, Typis Joannis Bringeri 1616. Tomus septimus et ultimus. Continens Tractatum de poenis Legum ac consuetudinum, Statutorumque temperandis aut etiam remittendis . . .

delictis non iam est locus Pe ad evitandam poenam delicti . . . Sed fortassis posset attentari, hunc esse aliquando mitius puniendum.

C. 60. Qui crimen commisit, statim tamen poenitens omnia in pristinum statum reposuit, licet sit puniendus, l. qui ea mente ff. de fur et quis sit fugitivus § 1 ff. de. aedil. edict. mitius tamen cum eo agendum est . . . .

[Hier wird also nur der Fall der P. behandelt, welche post delictum cons., aber bei einem ‚damnum reparabile' stattfindet.]

21. Ausserordentlich umfassend ist, wie überall, auch hier, die Darstellung von **Farinacius** (1544—1618)[71]. Mag dieselbe immerhin im wesentlichen Compilation sein, jedenfalls ist eine solche encyclopädische Zusammenfassung von dem, was frühere Jahrhunderte geleistet haben, ausserordentlich dankenswert.

Freilich — die Form ist eine ungemein ermüdende und das Material ist über etwa 14 Foliobände von gewaltigem Umfang zerstreut. Einfach wiederzugeben, was F. über die P. bringt, vermögen wir wegen des Umfanges dieses Stoffes nicht und beschränken uns auf einen gesichteten Überblick.

Als Regel wird aufgestellt:

[Qu. 124, P. III in Prax. et Theor. Crim. N. Op. crim. V. p. 259] nr. 150 . . . quod P. in delictis etiam quod ultra cogitationem fuerit deventum ad aliquem actum, et etiam in atrocissimis, facit ut delinquens non puniatur.

Dabei gälten folgende Praesumptionen:

Nr. 151. . . . in dubio delictum non praesumitur consummatum propter P.

Nr. 152. . . . quando delictum non est manifestum, sed occultum, sine alia probatione praesumitur P.

---

[71] Ich lege die Gesamtausgabe in 9 Foliobänden zu Grunde: Dn. Prosp. *Farinacii*, JC. Romani, fiscalis et Procuratoris Generalis S. Dn. Pauli V. Papae, Opera omnia Francofurti a. M. Palthenii [bei den einzelnen Bänden kleine Abweichungen. Diese Ausgabe erschien von 1606 bis 1649. — Ausserdem liegt mir vom I. Bd. folgende Ausgabe vor: Prosp. *Farinacii* Praxis et Theoricae Crim. libri II. — M. Zach Palthenius Typogr. Frcft 1597.



Voraussetzung für die Straflosigkeit ist die **Freiwilligkeit** des Abstehens, d. h. der Thäter muss selbst den Versuch abgebrochen haben, ohne durch äussere Umstände gehindert worden zu sein. Ich trage nichts Modernes in die Darstellung des Farinacius hinein, wenn ich in dieser Weise formuliere, sondern jene Fassung ergiebt sich unmittelbar aus Amplia II. und III. nach nr. 152.

In der ersteren wird die Frage untersucht, ob der Thäter straflos sein solle, wenn er ‚propter aliquem timorem seu rumorem . . .‘ absteht. Hier wird ein Consilium von Baldus angeführt. Farinac entscheidet sich zwar für Strafbarkeit, aber doch nur für mildere Bestrafung.

In Amplia III. Lim. I. gedenkt er des Falles quando P. provenit ex impedimento facti; tunc enim impeditus Pm allegare non potest, quia per se non stetit, sed propter impedimentum quod habuit.

Beim **qualificierten Versuch** bleibt die selbständige Rechtsverletzung strafbar.

qu. 33. . . quod quando conatus alicuius delicti continet in se insultum, puniri debet, etiam quod non fuerit sequutum delictum . . . quia iam ille insultus transit in speciale nomen delicti, videlicet illatae iniuriae, quae per insultum dicitur consummata et perfecta.

Hierher gehört auch eine von den 140 ‚Decisiones Rotae‘. In dec. 34, in add. a. heisst es nämlich: nulla imponitur poena, quando effectus non est consummatus propter Pm delinquere volentis . . , nisi fuerit deventum ad aliquem actum proximum delicto, ex quo praesertim provenerit adversario aliquod damnum, utputa si animo occidendi aliquem insultavero.

Nach qu. 124 prax. et theor. crim., nr. 168 scheint es übrigens, dass Farinac bei freiwilligem Abbrechen eine poena extra ordinem für zulässig hält. Der cit. „Franc.“ meint dies jedoch offenbar bloss für den Fall des qualificierten Versuches.

Interessant ist die Ausführung über den **Rücktritt des Mandanten**, unseres heutigen **Anstifters**. Qu. 135 nr. 178 Amplia III. u. 181. Lim. I.

Nr. 178. Amplia III. Quia si mandans revocavit mandatum, et revocationem intimavit mandatario, non tenetur de delicto, veluti,

homicidio subsequuto, etiam quod hanc mandati revocationem non intimaverit occidendo, quia sufficit intimasse mandatario . . . . [v. Cit.]

Nr. 181. Lim. I. Dummodo revocatio mandati intimetur, et notificetur mandatario; nisi enim mandatarius sciverit Pm mandantis, non excusatur mandans, si is mandatum sibi delictum exsequutus fuit. [Reiche Cit.]

Farinac begnügt sich nicht mit dieser allgemeinen Darstellung, sondern er behandelt bei den wichtigsten Delicten die poenitentia noch besonders.

qu. 125 nr. 160 Lim. II. In crimine **haeresis**. nr. 161 . . icet non prodest ad omnem poenam, prodest tamen ut mitius puniatur.

Mit unglaublicher Ausführlichkeit wird die poenitentia im Tract. de Haeresi [71a] behandelt. Allein der Index zu diesem Werke erwähnt 74 (vier und siebenzig) Fragen in Betreff des Poenitens und der Poenitentia bei der Haeresie.

In prax. et theor. crim. qu. 125 n. 162 wird in Betreff der P. in crimine **laesae maiestatis** auf q. 116 nr. 156 verwiesen, wo sich Farinac, weil dieses Verbrechen in den fraglichen Fällen schon ‚perfectum et consummatum' sei, gegen die Straflosigkeit ausspricht.

qu. 125 n. 163 resp. qu. 123 i 4 a 4 n 92 schliesst Farinac in **assassinio** in Einklang mit zahlreichen allegierten Autoren die P. aus. Jedoch wird anerkannt ‚hunc casum esse specialem'. Dasselbe gilt in consciscente sibi mortem (**Selbstmord**) q. 125 n. 164 verw. auf qu. 128 n. 38.

In qu. 159 nr. 30 liegt ein arg. a contr. für die Straflosigkeit des **falsum** bei P. „Si producens" heisst es hier „certioratus de falsitate scripturae productae, noluit desistere ab illius usu, sed perseveraverit usque ad finem causae, Tunc P. eum non excusat". [Citt.!]

Betreffs des **stellionatus** vgl. man die „Fragmenta" 733 und 734.

Die citierten Stellen beziehen sich bloss auf die P. ante delictum patratum.

71a. Farinacii: Tractatus de Haeresi (Frcft., Palthenii, 1618.)

qu. 124 nr. 170. Post consummatum delictum poenitentia non prodest.

In nr. 171 folgt eine lange ganz mit *Tiraquellus* (c. 28, 1 . . 4) übereinstimmende Ausführung über die Ansichten des Speculators, von Andreae etc. Wir verweisen auf die oben aus *Tiraquellus* mitgeteilte Stelle.

Im Anschluss an den Satz, dass die P. post. cons. del. juristisch irrelevant sei, wird qu. 124 nr. 172 bemerkt, dass die Restitution beim **furtum** nichts nütze.

Schliesslich wird noch gesagt nr. 175, dass „in foro conscientiae . . . P. prodest et admittitur etiam post perfectum et consummatum delictum". — Im Criminalrecht nütze dagegen die Reue keinenfalls mehr nr. 176 quando res non potest restitui in pristinum statum.

In „Prax. et theor. crim." qu. 2 (**blasphemia**) lim. 6 wird bemerkt:

In blasphemante qui postquam blasphemavit P. ductus blasphemiam revocat vel retractat; is inquam vel nulla prorsus, vel levissima poenitentia (Kirchenbusse) dignus est.

nr. 58 ib. Jedoch muss der Widerruf in continenti erfolgen.

22. Ausser diesen allgemeinen Werken ist für unsre Materie noch eine sehr angesehene und oft citierte Monographie von hohem Interesse. Ich meine den bekannten Tractatus de furtis des Venetianischen Juristen *Joannes Bonifacius* [72].

Hier wird freilich zunächst einfach die Ansicht der Glosse wiedergegeben. Sehr bemerkenswert aber ist die Ausführung über die strafbaren Qualificationsmomente, die bei den erwähnten Diebstählen vorhanden sind.

Bonifacius, Joan., Tract. de furtis Frcft. 46 [!]

§ III. = § Contrectatio.

Nr. 53. Quid si non consummavit delictum quia fuit impeditum.

Nr. 54. Quid si ad actus proximos delicti devenit: et poenituit?

Nr. 54. Aut ad actus delicto proximos devenit, ut si homines ad hoc collegit, si scalam ad fenestram apposuit, si ostium fregit et furtum non consummavit, quia noluit P. ductus, et non punitur de

---

[72] Joannes *Bonifacius*, J.U.D. et Assessor Venetus praestantissimus Tractatus de furtis. Frcft. 46.

furto, nec de conatu, nisi actus ipsi, ad quos processit, essent sua natura punibiles ut in exemplis iam dictis: tunc enim de ipsis actibus, tanquam particularibus et separatis delictis puniretur: est enim delictum, homines ad delinquendum congregare.

l. quisquis. Cod. ad leg. Jul. Maiest et ibi Doctor. Item est delictum scalas alterius fenestris supponere de qua re diximus in § 2 nr. 47. Item ostium frangere de qua fractura agit.

Sal. in l. is qui cum. telo. col. 2 C. ad leg. Corn. de sic. Tiraquell. de poen. leg. caus. 37 num. 5 et dicemus in § 11 n. 18.

Man sieht, wie einfach, sinngemäss und völlig unbedenklich die Straflosigkeit des Rücktritts vom Versuch sich bei den Italienern gestaltete. Solche Handlungen, die wirklich schon selbständig eine Verletzung enthielten, die selbständig — abgesehen von einer sie überragenden Absicht — ein Delict constituieren konnten, wurden eben als solche bestraft. Das Röm. Str. R. bot genügend weite Begriffe, um dieser praktischen Tendenz Rechnung tragen zu können. Und — wie wir eben gesehen haben — die Juristen besassen genügenden praktischen Blick, diese Freiheit ihres Arbitriums in rechter Weise zu benutzen.

23. Zweifellos würden auch die italienischen Statuten des MA. eine ergiebige und hochinteressante Ausbeute gewähren. Leider standen dieselben dem Verfasser nicht zu Gebote und muss sich derselbe daher auf die von Zachariae excerpierten Statuta Mediolan. beschränken. [73] Es scheint, dass hier die poenitentia nur beim Mandat behandelt wird.

Die fraglichen Stellen lauten:

Statut. Mediolan. Lib. IV. Tit. 5.

Art. 16. Quod si nec vulnus nec consummatio criminis intervenerit, liceat mandantibus post factum mandatum poenitere et illud revocare, modo tamen ex eo mandato aut eius causa factum aut attemptatum delictum non sit, aut ante mandati revocationem judici delatio facta non fuerit, et revocatio mandatario infra illud tempus re integra intimata fuerit.

Art. 17. Mandatariis quoque permissum est, (ubi tamen homicidium commissum vel attemptatum non sit) post susceptum mandatum poenitere et eam mandati susceptionem revocare. — Ipsisque

[73] *Zachariae* Versuch II. 289[1].



mandantibus et mandatariis onus incumbat probandi poenitentiam.

Art. 20. Quodsi mandans mandaverit homicidium vel aliquod aliud delictum committi et mandatarius recuset mandans puniatur etiam usque ad mortem inclusive arbitrio Principis vel Senatus. Cf. Aug. Garono, Observ. in Constit. dominii Mediolan. p. 108 s. Horat. Carpani, Comm. in quattuor insign. nov. const. §§ Francof. 1646 p. 57—59.

In Verbindung mit Art. 14, Art. 15 (Zach. II. 136) ergiebt sich daraus, dass das Mandat als Praesumptionsthatbestand für die Vollendung aufgefasst wurde.

Der Thatsache, dass die letztere als Gegenstand des Verbrechens erscheint, entspricht die Strafe („eadem poena, qua puniri deberent, si homicidium perpetrassent“), der Thatsache, dass nur eine Praesumption vorliegt, die Zulassung der Poenitentia.

Der Rücktritt des Mandanten hat Straflosigkeit nur dann zur Folge

1) wenn auch noch kein Versuch vorliegt,

2) wenn noch keine Anzeige gemacht ist,

3) der Widerruf dem Mandatar innerhalb jener Zeit zur Kenntnis gekommen ist.

Der Rücktritt des Mandatars ist gleichfalls straflos, wenn er die Übernahme des Auftrages widerruft, bevor ein Versuch vorliegt.

Behaupten die Schuldigen einen Rücktritt, so trifft sie die Beweislast.

Freiwilligkeit des Rücktritts, d. h. Mangel von äusseren Hinderungsgründen ist Voraussetzung. Sonst liegt ein poenitere nicht vor. Weigert sich daher der Mandatar, den Auftrag auszuführen, so ist dies für den Mandanten casuelle Verhinderung — und er kann auch hier wie ein Mörder mit dem Tode bestraft werden.

IV. Capitel.

Das Recht im Hl. Römischen Reich.

A. Der Rücktritt vom Versuch.

24. Die Lehre vom Versuche nach den Volksrechten ist noch zu wenig klargelegt, als dass sich hier bei der Mangelhaftigkeit der Vorarbeiten zu haltbaren Resultaten kommen liesse. Soviel ist aber wenigstens gewiss, dass die Leges Romanae Barbarorum auch in dieser Beziehung wesentlich Römischen Charakter hatten — und so darf man für diese wohl mit Sicherheit bei justa poenitentia Straflosigkeit annehmen.

In den germanischen Quellen macht sich freilich eine andere Auffassung des Versuches geltend, wo er überhaupt gestraft wird, wird er milder gestraft wie die Vollendung. Von einem „Rücktritt" finde ich nirgends etwas bemerkt. Da die Strafe wesentlich Busse an den Verletzten war, ist es auch nicht wahrscheinlich, dass man auf die Bezahlung derselben verzichtete.

Als zur Karolingerzeit die Strafe ihren Charakter änderte, als man nicht mehr den Verletzten entschädigen wollte, sondern den Bruch der Rechtsordnung in den Vordergrund stellte, — da musste auch der Versuch eine andere Beurteilung erfahren. Das einzig Richtige war der Rückgriff auf das Röm. R.

Und dieser wurde gemacht. Ein Capitulare Carloli M. [74] bestimmte:

Qui hominem voluntarie occidere voluerit et perpetrare non potuerit, ut homicida punietur.

Wir erkennen sofort die Paulusstelle wieder! Damit war implicite auch die Straflosigkeit freiwilligen Rücktritts anerkannt, wenn sich auch für dieselbe kein ausdrückliches Zeugnis beibringen lässt.

Die Fülle des Gesetzes-Materials bis zum Ausgang des Mittelalters liegt grossenteils noch ungehoben, und wo es an den Tag gefördert ist, doch unverarbeitet da. Die Zeit ist noch nicht abzusehen, wo man dasselbe für Einzelfragen verwenden könnte.

---

[74] Cap. Car. M. l. VII. c. 212 (*Georgisch* 1663) vergl. *Zachariae*, Versuch I. 167 II. 131 f.

Doch gerade in Beziehung auf unsere Lehre ist dieser in anderer Richtung ja sehr empfindliche Mangel von geringer Bedeutung, da die deutsche Litteratur und Gesetzgebung im XVI. Jahrhundert durchaus in der Behandlung des Versuches an die Italienische Doctrin anknüpfte.

Man hat dies schon oft betont [74a] und ich denke, dass auch das Folgende diese Ansicht nur bestätigt.

25. Am Eingang des XVI. Jahrhunderts genoss in der populären Litteratur in Deutschland der Klagspiegel [75] das höchste Ansehen.

Vom Versuche wird im Tit. De penis gehandelt, und es heisst da wie folgt. [76]

Von den penen in einer gemeyn übelthat und malefitz.

„vnnd auff das du vollkommenlich verstehest wann vmb die missethat sol die peen angelegt werdē oder nit / merck diss vnderscheyd [1] antweder es gedenckt einer oder vnderstehet sich zu thun / vnnd volbringt vnnd volendt die missethat. [2] Er gedenckt vnnd vnderstat sich zu thun / vñ volbringts doch nit.

[3] Er gedenckt vnd vndersteet sich nit zu thun | uñ volendt auch nit.

Er gedenckt auch nit.

[4] Er gedenckt nit vnd vndersteet sichs zu thun | uñ volendts

[5] Er gedenckt nit so vndersteet er sich es nit zu thun | uñ volendt auch nit.

In dē ersten casus diss vnderscheydts so würt er gestrafft.

Vnd in vil andern stuckē die du im rechtē geschribē vindet | wo aber eyner gedenckt vñ sichs vndersteet zu thun | vñ volendt es doch nit | so vnderscheyd es also | wan ant wed' er wolts nit thun | vñ möcht es doch thun | od' wolts thun | vnd möcht es nit volenden | vnd wañ ers wolt vnd möcht es nit volbringen | er würt gestrafft | wann in malefitzen vnd übelthatten

---

[74a] Namentlich früher *Zachariae*, jetzt *Brunnenmeister* (Quellen der Bambergensis 1879) auch *v. Bar* in seinem Hb. (Vergl. dag. Löning, Ztschr. f. Str. R.-W. III. (1883) S. 475.

[75] Ich benutze die Ausgabe von: *Sebastianus Brandt*, Actum zu Strassburg den viertzehendē tag februarii Anno MDXVI.

[76] L. cit. Fol. CXXX. pag. 2.

sicht man an den willen vnd den aussgang. Wañ ers aber nit hat thun wöllen | so ist er ablass würdig. u. s. w.

Die hier gemachte Distinction ist auf den ersten Blick nicht völlig durchsichtig. Es leuchtet von vornherein ein, dass das „gedencken, vnderstehen, volbringen vnnd vollenden“ das „cogitare, agere, perficere “der Italiener ist. — Aber wie viel Glieder hat die Distinction ?

Ich gebe dieselbe hier in der Form der Italiener wieder.

1) } cogitat et agit { et perficit = Odofredus 1)
2) } cogitat et agit { sed non perficit = Odofredus 5)
3) cogitat nec agit nec perficit = Odofredus 2)
4) non cogitat, sed agit et perficit = Odofredus 3)
5) nec cogitat, nec agit nec perficit = Odofredus 4)

Das im Klagspiegel zwischen [3] und [4] stehende „Er gedenckt auch nit“ will nur proleptisch das erste Glied der beiden folgenden Distinctionen ankündigen. Die Anordnung ist dem Klagspiegel so viel ich sehe eigentümlich. Sie beruht auf folgendem fundamentum divisionis : Der Thäter „gedenckt“ (1—3) oder „er gedenckt nit“. Dort ergeben sich drei Fälle. In (1) sind alle beide Glieder positiv, in (2) ist das letzte negativ, in (3) beide.

Das zweite Glied kann nie allein negativ werden, wenn das erste und dritte positiv sind, da es die Brücke zwischen ihnen schlägt.

Hier (‚non cogitat‘) ergeben sich nach dem Klagspiegel nur zwei Fälle, obwohl man auch noch ein ‚non cogitat, sed agit nec perficit“ construieren könnte, welches freilich ebenso juristisch irrelevant wäre, wie das nec cog. nec ag. nec perf.

Materiell ist also die Distinction des Klagespiegels genau die fünfteilige des Odofredus und ich habe die entsprechenden Fälle der letzteren daneben gestellt. Abweichend ist nur die Anordnung.

Brunnenmeister,[76a] sagt, das Schema des Klagspiegels sei viergliedrig. Ein offenbarer Irrtum!

Im Falle (2) wird eine neue selbständige Distinction gemacht, die genau der der Glosse von ‚voluit, sed non potuit‘ und von ‚potuit sed noluit‘ entspricht.

[76a] *Brunnenmeister*, Quellen der Bambergensis, Seite 173 und 174 Anmerkung 3.

In diesem Falle ist der Thäter also „ablasswürdig“, d. i. s. v. a. remissione dignus; einen moralisierenden Beigeschmack hat dieser Ausdruck jedenfalls nicht! Von einer moralischen poenitentia ist hier ebenso wenig, wie im RR. und der Glosse die Rede.

26. Die Bestimmung über den Versuch Bamb. 204, I. und II. Project 185, CCC. 178 weist gleich für den ersten Anblick eine solche frappierende Aehnlichkeit auf mit dem, was der Klagspiegel und die Italienische Doctrin statuieren, dass eine ganz nahe Verwandtschaft von vornherein ausser Frage steht.

Der Art. 178 CCC. lautet bekanntlich: Straff understandner missethatt. CLXXVIII Item so sich jemandt eyner missethatt mit etlichen scheinlichen wercken, die zur volnbringung dienstlich sein mögen, understeht, unnd doch an volnbringung der selben missethatt durch andere mittel, wider seinen willen verhindert würde,[77] solcher böser will, daraus etlich werck, als obsteht volgen, ist peinlich zu straffen, Aber in eynem Fall herter dann inn dem andern angesehen gelegenheit und gestalt der sach, darumb sollen solcher straff halben die urtheiler, wie hernach steht, radts pflegen, wie die an leib oder leben zuthun gebürt.

Nun ist bei der ganzen Fassung offenbar, dass der Passus ‚und doch wieder seinen Willen etc.‘ direct auf der Distinction des Klagspiegels (bez. der Italiener) beruht:

er wolts nit thun vnd möcht es doch thun,

als Gegensatz gegen

er wolts thun vnd möcht es nit vollbringen.

Danach ist die Frage, ob nach der CCC. Straflosigkeit des freiwillig abgebrochenen Versuches anzunehmen sei, rückhaltlos zu bejahen.

Es ist ganz sicher, dass wir es hier mit einer vollkommen durchdachten Definition des Versuches zu thun haben, die durchaus dem Stande der damaligen Wissenschaft entsprach.

---

[77] Die Gobleri versio („Interpretatio CCC. Basel. 1543“ *Ed. Abegg*, Heidelberg 1837; p. 196) bietet dafür: „ac quo minus tale facinus perficiat aliis mediis contra suam voluntatem impeditur“. Remi paraphrasis („Nemesis Carulina. II. Ed. Herbon. Nassov. 1600“ *Ed. Abegg*, Heidelberg 1837; p. 197): „maleficium . . . in quo tamen divinitus quasi immissis obstaculis contra voluntatem deliberatam opere complendum impeditus fuerit“.

In der That war es auch, wie wir unten sehen werden, durchaus die Ansicht der ältesten Schriftsteller, sofern dieselben überhaupt auf die CCC. Bezug nehmen, dass aus den Worten „wieder seinen willen“ die Straflosigkeit des freiwillig abgebrochenen Versuches folge.

27. Der Art. 178 wurde von mehreren Particularrechten wörtlich — wenn auch mit einer Einleitung oder einem Schlusse versehen — recipiert. [78]

Die meisten Land-Rechte enthalten jedoch über die unterstandene Missethat keine ausdrückliche Disposition. [79] Es war

---

[78] Hierher gehören:

Brandenburg:

Peinliche Halss-Gerichts-Ordnung . . . Georg Friederichen Marggrafen zu Brandenburg, in Preussen etc. von 1582. — Ausg.: Onolzbach [= Ansbach] 1753 fol.

Art. CCVI, fol. 84 f. Straff untertandener Missethat ≌ CCC. art. 178.

Preussen.

Landrecht des Hertzogthumbs Preussen v. 1620 [*Johann Sigismund*]. — Ausgabe: Rostock 1620 fol.

B. VI. Tit. V. Art. 1 § 14 mit dem Eingang: „Es hassen die Kayser-Rechte die Todtschläger dermassen . . . .“

Landrecht des Hertzogthumbs Preussen v. 1685 [*Friederich Wilhelm*]. — Ausg.: Königsberg 1685 fol.

B. VI. Tit. V. Art. I. § 14 auf fol. 899 wie oben L. R. v. 1620 mit dem Zusatz: „Jedoch, dass wo . . .“ [Im L. R. v. 1721 fehlt eine entsprechende Bestimmung].

Ferner: **Steyer.**

Landt- und peinliche Gerichtsordnung des löblichen Fürstenthumbs Steyer, Im MDCXXIV. Jahr verbessert, erleutert, verglichen und auffgericht. *Ed. Grätz* 1638 Fol. Teil I. Art. 133 [Cf. *Zach.* II. 202—203] auf fol. 31 pag. 2 „Straff vnderstandner Missethat / auss schendlichen Wercken.“

[79] Z. B. Landts-Ordnung der fürstlichen Grafschaft Tirol 14. Apr. A. n. XXXVIII. [1538].

Churf. Pfaltz bei Rhein etc. Ernewert und Verbessert. Land-Recht von 1610. *Ed. Weinheim* 1700 fol.

Malefitz-Process-Ordnung für Ober- und Niederbayern v. 1616.

Vor allem gilt dies aber auch vom Kurfürstenthum **Sachsen**, (. . . Augusts Herzog zu Sachsen . . . . Verordnungen und Constitutionen des rechtlichen Processes [v. J. 1572] IVta Pars Criminalia.) wo dagegen über die Thätige Reue Dispositionen ergingen, die unten zu besprechen sind.

Weder über den Rücktritt vom Versuch noch über die thätige Reue enthalten ebenso wie die erstgenannten Dispositionen:

also auf die Carolina und wo dieselbe im Stich liess, auf das Röm. R. zurückzugreifen. Straflosigkeit bei freiwillig abgebrochenem Versuch war also jedenfalls anzunehmen.

In der That ist dies denn auch von der zeitgenössischen Wissenschaft ganz überwiegend geschehen. Meist wird der Fall als ‚poenitentia ante delictum perfectum et consummatum' betrachtet, manche drücken sich dagegen correcter mit den Worten der Glosse aus, sprechen also von einem ‚non perfecit, quia non voluit'.

28. Bei *König*[80] und *Perneder*[81] vermag ich nichts Einschlagendes zu finden. *Damhouder*[82] (1507—1581) citiert die Röm. Quellenstellen, scheint aber die hier statuierten Fälle eigentümlich eng zu verstehen. Und selbst in diesem Umfang will er Extraordinar-Strafe. Er subsumiert alles unter den Begriff der poenitentia, die er in seinen Sentenzen[83] auch von der theologischen Seite betrachtet.

Land-Recht der Fürstenthummer und Landen der Marggrafschaften Baaden und Hachberch . . . . . In Sieben Theil verfasst. Mit gnädigstem Consens von neuem wider auffgelegt und zum Druck befordert. Durlach (Hecht) 1710. — 7. T. = Malefitz-Ordnung.

Ferner folgende Stadt-Rechte:

Der Statt Franckfurt a. M. ernewrte Reformation wie die in Anno 1578 aussgangene . . . abermals von newen ersehen . . . geend., verbess. u. vermehrt. Frkft. a. M. 1611. — Daselbst wird jedoch auf S. 622 auf die Kaiserlichen Rechte, Caroli. P.H.G.O. etc. verwiesen.

Der Stadt Hamburgk Gerichtsordnung und Statuta 1603.

Dero Kays. Freyen und des Hl. Röm. Reichs-Stadt Lübeck Statuta und Stadt-Recht Anno 1680 Lübeck (Seel)

[80] Processus und Practica der gerichtsleuffte nach dem gebrauch Sechsischer Landart . . . . Durch D. Chilianum *König* . . . . 1541.

[81] Imp. Caes. Justiniani Institutiones . . . . Sampt angehängtem gerichtlichen Process (Lehenrecht) Halssgerichtsordnung . . . Durch weyland den Ehrnvesten und Hochgelehrten Herrn *Andream Perneder* / dess fürst. Bayerischen Hofs zu München Rath und Secretarien. Anno 1614 . . Ingolstadt in der Ederischen Truchery.

[82] D. *Jodoci Damhouderii* Brugensis . . . . Praxis rerum criminalium. Ed.: Antverpiae . . Belleri . . 1601. — Siehe das. c. LXXXV nr. 8 u. 9 [„Assassinator poenitens et Assassinus poenitens ante factum levius puniendi."] fol. 332 p. 2—333 p. 2.

[83] Sententiae Selectae pertinentes ad materiam Praxios rerum criminalium . . . Auctore Damhouderio. Ed.: Antverpiae . . Belleri . . 1601. [vergl. dazu überhaupt *Allard* Histoire p. 468] p. 151 s. voc. Poenitentia.

Es ist für die Ausbildung unserer Lehre in der Wissenschaft ungemein verhängnisvoll gewesen, dass man den klaren Standpunkt der Glosse verliess. Die letztere hatte den Fall völlig praecis formuliert und wohl unterschieden von der poenitentia, dem blossen Gesinnungswechsel. Wenn man aber den letzteren Begriff einmal als den allgemeinen einführte, dann war Missverständnissen Thür und Thor geöffnet. Dass durch das Canonische Recht die Klarheit des Römischen in dieser Beziehung in hohem Masse alteriert worden ist, haben wir schon oben betont.

Völlig correct zu unserer Frage verhalten sich zwei alte Commentatoren der Carolina, *Vigelius*[84] (1529—1600)[84a] und *Stephani*.[85]

Sie folgern direct aus den Worten der Carolina vers., wieder seinen Willen' die Straflosigkeit des freiwillig abgebrochenen Versuches. Man sieht also, wie schon ein der Carolina so ausserordentlich nahe stehender Mann, wie *Vigelius*, art. 178 für durchaus dispositiv hält.[86] Im Resultat mit *Vigelius* und *Stephani*[87] stimmt *Hunnius* (1583—1636)[88] überein, der auf das Röm. Recht zurückgeht und sich ganz auf den Standpunkt der Glosse stellt.[89] Als abweichend wird die Ansicht von *Clarus* referiert; eingegangen auf dieselbe wird nicht.

84a Die genauere Angabe der Zeit beruht bei den cit. Autoren meist auf *v. Holtzendorff*, *Rechtslexion*; *Stintzing*, Geschichte; *Stölzel*, Entw des gel. Richterthums; z. T. auch auf *Allard*, Histoire.

84 Constitutiones Carolinae Publicorum Judiciorum . . . . Per Nicolaum *Vigelium* J. Ct. . . . . . . Ed. IV. ab Authore recogn. Basileae . . König . . 1613.

85 Caroli V. Const. public. iudic. a. Matthia *Stephani* Gryphswaldensi. Frcft. a. M. 1626.

86 *Vigelius*, l. cit. p. 28 „puniendus non est . . . . si crimen poenitentia ductus non perfecerit. dict. art. 178 vers. wieder seinen willen.

87 Der letztere distinguiert wie die Glosse. — si vero poenituit, fährt er fort in § 4 ad § 178 CCC. p. 305 cit. quia non voluit, non est puniendus. h. artic. 178 vers. wieder seinen Willen.

88 Helfericus-Ulricus *Hunnius*, J. U. D. Collegii Crim. Disp. XX, Gissae Hess. 1621.

89 *Hunnius* l. cit. Disp. XV. p. 427.



Dass ein Machwerk wie der Commentar von *Zieritz* [90] über unsere Frage gar nichts [91] enthält, darüber dürfen wir uns nicht wundern.

29. *Berlich* (1586—1638) [92] erklärt die mildere Bestrafung bei einem Rücktritt, der wirklich aus Reue erfolgt ist, als communis opinio DD. [93] Allerdings eine kühne Behauptung. Der Straflosigkeit, welche doch von den Glossatoren allgemein und von deren Nachfolgern überwiegend angenommen wurde, wird nicht einmal gedacht!

Weit hervorragender sind die zahlreichen Ausführungen *Carpzovs* (1595—1666) [94] über unseren Gegenstand.

Dieselben handeln von der ‚poenitentia' bei den einzelnen Delicten. Der Rücktritt vom Versuch ist selbständig nicht behandelt Jedoch gelegentlich wird derselbe als ‚poenitentia ante delictum perfectum et consummatum' gestreift und dabei die Straflosigkeit anerkannt. [95] Sehr bedauerlich ist, dass unser Fall nirgends ausführlich von *Carpzov* ex professo behandelt wird.

---

[90] *Bernardi Zieritzii* ad. . . Imp. C . . CC Notae et observationes Frcft. ad. M. 1625.

[91] Vergebens sucht man ad § 178 CCC. p. 184 f. nach einer Andeutung unserer Frage.

[92] *Matthiae Berlichii* Conclusiones practicabiles Lips., Grosii vidua et her., 1693.

[93] *Berlich* p. 136 cit. [P. IV. concl. XXIII.]

[94] *Benedicti Carpzovii*, Pract nova. Imp. Sax. rerum criminal. Ed. Böhmer, Frcft. a. M. 1758.

[95] Dass *Carpzov* die Straflosigkeit anerkannte, lässt sich mit unumstösslicher Sicherheit aus folgenden Stellen entnehmen:

1) P. I. Qu. XXXIX (incendium).

nr. 5 Quamvis enim delicto perfecto poenitentiae locus non sit, neque ea post crimen consummatum ab omni poena excuset nr. 6 attamen . . . .

2) P. I. Qu. XVIII, (parricidium)

nr. 23. Quamvis enim poenitentia tunc demum dicatur suffragari quando delictum nondum consummatum est . . ., post delictum autem perfectum et consummatum non possint . . .

nr. Attamen hoc eatenus verum est, quatenus delinquens ab omni poena vult esse immunis; delicto autem consummato poenitentia prodest ad hoc, ut poena ordinaria mitigetur.

Daraus ergiebt sich als im Sinne von *Carpzov* liegend der Satz:

„Ante delictum perfectum et consummatum delinquens ab omni poena est immunis".

Theodoricus[96], dessen umfangreiches Manuscript erst nach seinem Tode veröffentlicht wurde (1671), und daher, obwohl er zeitlich (1580—1640) *Carpzov* (1595—1666) voransteht, erst nach diesem zu betrachten ist, bespricht wiederholt die sich scheinbar widersprechenden Stellen des Corpus Juris. Der Kern seiner Ausführungen ist, dass bei freiwilligem Rücktritt jedenfalls die poena ordinaria cessiert. Dabei meint er, dass der Delinquent unter Umständen sogar aller Strafe entgehen kann.[97] Der näheren Erörterung der Frage, in wie weit Straflosigkeit und in wie weit Poena extraordinaria geboten sei, geht Th. offenbar absichtlich aus dem Wege.

Matthaei (*Antonius Matthaeus*, 1601—1654)[98] findet im Röm. R. an mehreren Stellen die Poenitentia als Grund für Straflosigkeit sogar bei vollendetem Verbrechen anerkannt.

Er tadelt dies, findet (s. sub. Cit.) dagegen die Straflosigkeit im Falle der L. Qui. falsam offenbar ganz am Platze.[99] Denn hier handle es sich um ein ‚imperfectum crimen'. — An einer anderen Stelle — bei Besprechung des Parricidium[100], — scheint er wie die Glosse die nicht freiwillige Verhinderung, das Nicht-(vollenden) können als für den Versuch begriffswesentlich zu betrachten. Soweit ich sehen kann, ist also M. durchaus als Vertreter der Straflosigkeit bei freiwillig aufgegebenem Versuch zu registrieren.

30. Für die Deutsche Wissenschaft insbesondere die Deutsche Strafrechtswissenschaft beginnt nach dem Dreissigjährigen Krieg eine schlimme Zeit. Am besten ist es noch, wenn die Autoren einfach frühere Ausführungen copieren, ohne dieselben gar zu sehr zu „verballhornen".

---

[96] *Petri Theodorici* uff Grossen-Löbichau JCti . . . . Judicium crim. pract. Jenae, Imp. Chr. Kirchneri, 1671.

[97] *Theodoricus*, l. cit. nam. p. 1444—1441.

[98] *Antonii Matthaei* . . . Comm. ad. l. XLVII. et XLVIII. Dig. de Criminibus. Ed. IVta. Vesaliae, J. a. Wesel 1702.

[99] *Matthaei*, . . l. cit. lib. XLVII tit. 13 c. 2 n. 3 p. 238.

[100] *Matthaei* . . . l. cit. l. XLVIII tit. 5 de parric. n. 7 . . lege Pompeia tenetur, non solum qui effectu immanis sceleris potitus est, sed et. qui ocidere conatus est: veluti qui emit venenum ut patri daret, quamvis non potuerit dare.

Lobend dürfte eine Dissertation vom Jahre 1688 hervorzuheben sein. Ich meine die schon citierte von *(Mencken-)Sültzner.*[101] Sie folgert direct aus dem Wortlaut der Carolina Art. 178: „eum qui sponte sciens volensque a delicti consummatione abstinet memorato modo impunem relinqui". Dabeì wird auch *Stephani* (s. o.!) citiert.

Döpler (1691)[102], dessen Werk sonst wegen der häufigen treuen Wiedergabe *Carpzovs* und reicher neuerer Citate für seine Zeit wohl eher Lob als Tadel verdient, vermeidet irgend welche Bemerkung über unsern Fall.

Diejenigen Schriften, die sich Commentare betiteln, bei denen sich also noch am ersten ein gründliches Eingehen auf den Gesetzestext erwarten liesse, enttäuschen meist völlig.

Clasen (1693)[104] erklärt einfach III (2).

Si ad actum remotum, id est, ex quo damnum immediate sequi non potuit, dum vel impeditus, vel poenitentia ductus id, quod animo cogitavit, in effectum non deduxit tum ex arbitrio judicis eum puniendum esse arbitratur (sc. Godelmannus l. 3 c. 11 p. 140).

Sonderbar! Das Gesetz spricht von einer Verhinderung wider den Willen des Thäters! *Clasen* scheint den Text des Gesetzes, welches er commentieren will, nicht einmal zu kennen. Er fügt einfach den Fall freiwilligen Abstehens bei, ohne uns irgendwie die Eigenartigkeit dieses Verfahrens zu erklären.

Blumblacher[105] (1. Druck? 4. 1704) berührt die Frage mit keiner Silbe. Dieser bequemen Methode folgt *Ludovici*[106] (1716).

---

[101] Disp. jurid. de impunitate conatus in delictis — Sub Praesidio: *Menckenii* — *Andr. Nic. Sültzner* Lps. 1688.

[102] *Mencken-Sültzner*, l. cit., Thes. XVI. bei a) wird aus Art. 178 CCC. gefolgert: „eum qui sponte sciens volensque a delicti consummatione abstinet, memorato modo impunem relinqui.

[103] *Jac. Doepleri* . . . Theatrum poenarum, suppliciorum et exec. crim. oder Schau-Platz derer Leibes- und Lebens-Straffen. Sondershausen / In Verlegung des Autoris . . 1693.

[104] *Danielis Clasenii*, Comm. in Constitutiones Crim. Caroli V. Frcft. et Lps. 1693.

[105] Commentarius In Kayser . . . P.H.G.O. Authore Christophoro *Blumbacher* I.U.D. 4. Druck. 1704. Saltzburg.

[106] Caroli Vti. Const. Crim. s. P.H.G.O. . . . *Ludovici*, Halae Magd. 1716.

31. Hervorragend für ihre Zeit schon durch ihren Umfang ist *Tobias Granz'* Defensio inquisitorum. (1702).[107] Hier ist wieder einmal direct als Regel ausgesprochen:

Poena in delicto nondum consummato quod tamen consummari poterat poenam regulariter tollit.[108]

In dem Commentar (eigentlich vielmehr Criminalrechtshandbuch) von *Frölich von Frölichsburg* (1714)[109] ist zwar, sehr viel von ‚poenitentia' i. S. v. thätiger Reue die Rede, worauf wir unten zurückkommen werden, aber der freiwillig abgebrochene Versuch wird nicht behandelt. Möglich, dass *Frölich* den Rücktritt vom Versuch auch bloss als gewöhnliche poenitentia, somit nur als Grund für Strafmilderung ansah.

Der Commentar von *Kress* (1721)[110] behandelt correcterweise unsern Fall bei der Interpretation v. Art. 178.[111] Sonderbarer Weise wird uns aber von vornherein erklärt, es sei bloss von einem casuell abgebrochenen Versuch die Rede, über den Rücktritt habe der Kaiser zu disponieren vergessen. Allgemeine Gründe moralischer Natur werden zu Gunsten einer milden Beurteilung angeführt; sodann wird auf die Wirkungen der poenitentia im allgemeinen eingegangen. Dabei wird anerkannt, dass nach RR. in einigen Fällen selbst bei vollendeten Verbrechen Straflosigkeit statuiert werde. Dann wird im § 6 laconisch hinzugefügt: P. minuit poenam ubi factum substitit in conatu. — In einer etwas ausführlicheren Anmerkung wird das aus den Worten der CCC. gefolgert. *Kress* benutzt dieselben statt zu einem ‚argumentum a contrario', welches ihn zur Annahme der Straflosigkeit hätte führen müssen, zu einem argumentum a maiore ad minus. Der ersteren Ansicht wird nicht einmal gedacht!

---

[107] *Tobiae Granzii*, J.U.D. . . . Defensio inquisitorum . . . . Frcft. et Lps., s. . . . Stockii, 1702.

[108] *Granz*, l. cit., § 539 p. 839.

[109] *H. Joh. Chr. Frölichs de Frölichsburg* . . Commentarius in Kaiser C. V. etc. etc. P.H.G.O. Frckft. u. Lpz. 1720.

[101] *J. P. Kressii* . . . Commentatio succincta in CC. Caroli V. Imp. — . . . Ed. II. longe auctior. Hannoverae 1730.

[111] *Kress*, l. cit. nam. p. 583—584.

32. Bei *Engau*[112] kann ich über unsere Frage nichts finden, als dass er den Richter ermahnt, zu beachten, ob etwa der Thäter selber den Eintritt des Erfolges gehindert habe.

Koch [113] dagegen vertritt unter Berufung auf das Röm. R. nam. die L. 19 Dig. de lege Corn. de fals. die richtige Ansicht.[114]

Meister[115] meint, es sei selbstverständlich, dass im Falle dieser Gesetzesstelle die Strafe des vollendeten Delictes ausgeschlossen sei.[116] Das ist zweideutig: soll das heissen, dass Strafe überhaupt oder bloss Ordinarstrafe unanwendbar sei?

Eine lobenswerte Erfurter Inauguraldissertation vom Jahre 1733[116a] stellt ähnlich wie *Granz* die Regel auf: „si noluerit crimen perficere, poenam regulariter tolli, nisi conatus ille iam tum separati delicti naturam assumserit.“ [116b]

Eine andre, Halenser, Dissertation aus dieser Zeit (1740) ist dagegen im wesentlichen nichts als ein dürftiger Auszug aus *Carpzov*.[116bb]

Meckbach (1756)[116c] schliesst sich *Kress* an. Der Delinquent wird „poena ordinaria billig verschonet und hingegen extraordinaria beleget“. Der Curiosität halber das beigefügte Beispiel: „Titius giebt seinen Frauen Gift, dann mit Fett vermischtes Wasser oder ein anderes den Gift tötendes Liquidum“.

Möglichst gerichtlich-medicinische Beispiele scheinen also schon damals Mode geworden zu sein. Schade, dass nicht näher auf das „Liquidum“ eingegangen wird!

Ein „äusserlich nicht ausgebrochener conatus“, der „auch noch keine Turbation [also schon der trouble s. alarme jetée dans la société!!] angerichtet“, gehöre dagegen „ad forum poli und ad

---

[112] *Jo. Rud. Engau*, Elementa Juris Criminalis Germanico-Carolini. Jena 1713.

[113] *Jo. Christ. Koch*, Inst. Jur. Crim. Ed. IX. Jenae 1791.

[114] *Koch*, l. cit., p. 51. Anm. 1)

[115] *Geo. Jac. Friedr. Meisteri* Principia Jur. Crim. Germ. Comm. Ed. VII. Gottingae 1828.

[116] *Meister*, l. cit.

[116a] *Reinharth-Beuchel*. De fure poenitenti . Erfordiae 1733.

[116b] *Reinharth-Beuchel*, l. cit. p. 15.

[116bb] *Ludovici-Schütz*, Diss. jur. inaug. de effectu poenitentiae . . . Halae Magd. 1740.

[116c] *Meckbach's* . . . Anmerkungen über . . . . P.H.G.O. Jena 1756.

sanitatem animae und in die Moral und Theorie". [116d] Offenbar haben wir es in diesem „Hochfürstl. Sächsl. Weimarischen und Eisenachischen Amtmann der Aemter Capellndorff und Häussdorff, wie auch der Vogtey Magdala" mit einem in allen Facultätswissenschaften — Theologie, Juristerey, Medicin und Philosophie wohlbewanderten Manne zu thun.

Scopp [116e] teilt (auch im Wortlaut!) in seinem Commentar (1758) ganz die Ansicht von *Julius Clarus.* [116f]

Böhmer's (1770) [117] Meditationen ad § 178 erheben sich nicht über nichtssagende allgemeine Erwägungen. Von positivem Recht ist keine Rede. „Temperat utique bonitas animi resipiscentis mirum in modum malitiam" „Multum favori indulgendum". Der freiwillig abgebrochene Versuch fordere ‚non aequalem, sed discrepantem coërcitionem". Als Beleg wird das Röm. R. (L. Qui fals.) angeführt, welches bei Falschmünzerei Straflosigkeit gewähre. In der That! Ein wunderbarer Beleg für die Strafmilderung, die *Böhmer* will! [118]

Ebenso flach sind seine Observationen. [119]

Auch *Quistorp* [120], dessen Lehrbuch mit *Böhmer's* Commentar fast gleichzeitig erschien, erklärt die Reue in unserem Falle einfach als Milderungsursache. An eine Begründung ist auch hier nicht gedacht. Auf die Carolina wird kein Bezug genommen.

Andere Schriftsteller setzen sich wenigstens mit der letzteren auseinander. Ich meine namentlich die angesehenen Autoritäten wie *v. Grolman* [121], *Kleinschrod* [122], *Tittmann.* [123] Diese legten noch

---

116d *Meckbach*, l. cit., S. 363 f.

116e *Scopp*, Kayser Karls V. und des Hl. Röm. Reichs P.G.O. . . Herausg. v. *Joh. Georg Scopp*, Nürnberg 1758.

116f *Scopp*, l. cit. ad art. 178 CCC. 234.

117 *J. S. F. de Böhmer* . . . Meditationes in CCC. Haliae Magd. 1770.

118 *Böhmer*, l. cit., ad. art. CLXXVIII § XIII. p. 858.

119 *J. S. F. Boehmeri*, Observationes Selectae ad *B. Carpz.* Frcft. a. M. 1759.

120 *Quistorp*, *Joh. Christ.*, Grundsätze des deutschen Peinl. Rechts. IV. Rostock u. Lpz. 1789.

121 *v. Grolman*, Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft.

122 *Kleinschrod*, Systematische Entwicklung.

123 *Tittmann*, Handbuch der Strafrechtswissenschaft.



am Ende des vorigen Jahrhunderts die Worte der CCC nicht dispositiv, sondern enunciativ aus und hielten daher arbiträre Strafe für anwendbar.[124]

Feuerbach[125] erklärte sich mit aller Entschiedenheit für die dispositive Auslegung.

33. Unsern Standpunkt haben wir markiert: Aus der Entstehungsgeschichte der Carolina folgt mit unumstösslicher Sicherheit, dass Straflosigkeit anzunehmen ist. Denn der Art. 178 ist nichts als der zu einer sehr gelungenen Gesetzesformel gebildete Inbegriff der italienischen und dazumal auch schon in Deutschland bekannten Doctrin über den strafbaren Versuch.

Ohne diese historische Basis würde ein Folgern aus dem blossen Wortlaut der CCC. zu unsicher sein. Die Statthaftigkeit einer Argumentation a contrario muss bei einem Gesetzbuch wie der Carolina, welches das Gebiet des Strafbaren nicht erschöpfen will, daher Analogien, Argumenta a maiore ad minus zulassen muss, in concreto erst erwiesen werden.

Dieser Beweis liegt in unserem Falle voll und ganz vor.

Das historische Moment ziehen mit Recht schon *Jarcke,*[126] *Rosshirt*[127] und *Zachariae*[128] heran.

Wir haben also erwiesen, dass nach der CCC Straflosigkeit anzunehmen war und wirklich namentlich auch schon im XVI. Jahrhundert da, wo man den Wortlaut zu Rate zog, anerkannt wurde.

Andrerseits ist nicht zu verkennen, dass man vielfach — verführt durch den Gesichtspunkt der poenitentia — den Rücktritt vom Versuch nur als Strafmilderungsgrund betrachtete. Sobald man ausser Acht liess, dass die mangelnde Vollendung das einschlagende Moment sei, war dies auch völlig natürlich. War der Grund wirklich die, wenn auch dem Schaden entgegenwirkende Sinnesänderung, so musste man principiell eine solche ante del.

---

124 *v. Grolman,* l. cit., § 169.
Kleinschrod, l. cit., I. § 42. (Derselbe hat später seine Ansicht geändert, s. die spät. Aufl. seiner „Entwicklung".)
Tittmann, l. cit, I. § 98. Vergl. *Zachariae,* II. 304.

125 *Feuerbach,* Lb., § 42. [Ed. XII, S. 47.]

126 *Jarcke,* Hb. I. 218.

127 *Rosshirt,* Lb. § 91 S. 172.

128 *Zachariae,* Versuch II. 289—305.

cons. ebenso behandeln wie eine solche post. Wie sich schliesslich die Praxis in Dl. gestaltete, darüber habe ich keine Zeugnisse gefunden. Doch können wir im Allgemeinen annehmen, dass die Praxis ein treues Spiegelbild der Ansichten der angeführten teilweise überaus einflussreichen Autoren gewesen ist. Nur wird man hier noch mehr wie dort etwelchen Distinction abgeneigt gewesen sein und es vorgezogen haben, jedwede Poenitentia ob vor oder nach dem Vollendungspunkt, wenn sie nur dem Schaden mit Erfolg entgegenwirkt, einfach als Strafmilderungsgrund zu betrachten. Um den Wortlaut der Carolina mochte man sich wenig bekümmern. Für die Niederlande ist uns dies ausdrücklich bezeugt.[129]

B. Die Thätige Reue.

34. Einer Straflosigkeit bei thätiger Reue in unserem Sinne (also poenitentia post del. cons.) ist in der CCC. nicht gedacht. Gleichwohl ist eine solche allgemein in dem Geltungsbereich jenes Gesetzbuches begründet, soweit nämlich im Röm. Recht jenes Princip anerkannt war. Aber eben dieses letztere wurde gründlich verkannt und selbst ein *Antonius Matthaeus* erblickt in den nicht gar zahlreichen Stellen des Corp. Jur., die er nicht hinwegzuleugnen vermag, nur in jeder Beziehung verwerfliche Anomalieen, die einer ganz unzeitigen Milde ihr Dasein verdankten.[130] Man sah eben in den Fällen der ‚justa poenitentia', verführt vielleicht durch den Namen und durch die Vorstellungen des Canonischen Rechts, nicht das punctum saliens, die willentliche Verhinderung des Delictsschadens, welche die vorausgehende Thätigkeit als eine für die Aussenwelt vollkommen bedeutungslose erscheinen lässt. Vielmehr war es die Sinnesänderung des Thäters, also ein zu Gunsten der jetzt abzustrafenden Persönlichkeit in die Wagschale fallendes Moment, welches man als das Wesentliche betrachtete. Für diese Sinnesänderung forderte man freilich ein ‚argumentum ex re', d. h. man verlangte, dass sie mit Erfolg den nachteiligen Wirkungen des delictuosen Verhaltens entgegengetreten sei. Aber es ist diesem

---

[129] *Joh. Nicol. Reinar*: Nemesis Rationalis § 13 in fine. vide *Hiddema-Jongsma* p. 46 Anm. 3.

[130] *Ant. Math.*, Comm., p. 238 s. nr. 3.

Erforderniss keine andere Bedeutung unterzulegen, wie die, dass eben wie der Erfolg sonst contra actorem in Betracht kommt, er hier, bei staatsfreundlichem Verhalten, pro actore gelten soll.

Die thätige Reue, betrachtet als ein nichts am objektiven Bestand eines Verhaltens änderndes, sondern nur moralisch in Betracht kommendes Moment, kann natürlich keine Straflosigkeit bewirken, sofern nicht ausschliesslich gerade der ethische bez. religiöse Standpunkt für ein Recht massgebend ist, wie dies ursprünglich beim Canonischen der Fall war. Wohl aber wird sich keine Gesetzgebung der Berücksichtigung moralischer Momente entziehen können. In der That hat denn auch die Deutsche Particular-Gesetzgebung nach der Carolina von diesem Standpunkt aus über die Thätige Reue zahlreiche Dispositionen erteilt. Und auch da, wo dies nicht der Fall war, neigte die Praxis überall zur Anerkennung derselben als Grund für blosse Verhängung einer Extraordinar-Strafe.

Interessant sind die Fälle, in denen eine juristische Relevanz thätiger Reue angenommen wurde.

35. Im Sächsischen Recht wurden durch die Constitutiones Elect. Div. Aug. expresse als solche anerkannt der Diebstahl[131] und

---

[131] Const. XVI. . . Fehdebriefe . . pönitiret.

XVII. . . Mordbrennern: nicht verbracht, dazu V. qu. 37 [gehört nicht hierher.] *Haubold*, S. 113.

Const. El. Sax. XXXII. Von dem Diebstahl und desselbigen Strafe, 10. Abs.

Und nachdem den Rechten gemäss ist, dass derer Diebe halber, so ihres begangenen Lasters zeitliche Reue tragen, und dasjenige, so sie gestohlen, ehe sie zu Gefängnis gezogen, oder beklagt werden, wieder geben, oder derowegen sonst Erstattung thun, die ordentliche Strafe etwas gelindert, so lassen wir es auch geschehen, dass es in Unsern Landen also erkannt werden möge, jedoch, dass dieselbigen Verbrecher gleichwohl mit Gefängnis, zeitlicher Verweisung, oder nach Gelegenheit der Umstände mit Staupenschlägen belegt und gestraft werden.

Vergl. Consult. V. Qu. 86.

Sachsen hat bis zuletzt (1868) an dem Principe dieser Const. festgehalten und häufig sind in dieser Frage gesetzliche Anordnungen ergangen.

Hier ist hervorzuheben das Sächs. Mandat „wegen geschwinder Exequirung wider die Diebe und Räuber“ v. 27. Juli 1719, wo dieser Milderungsgrund im Falle des Hausdiebstahls zur Abwendung der Todesstrafe dienen soll. Dazu vergleiche man das Rescript v. 26. Aug. 1720 über die

die Bevehderung (Absagerey)[132]. (Bei der Brandstiftung[133] wird die Wirksamkeit der thätigen Reue nicht anerkannt.) Die erstere Disposition, die sich darstellt als blosse Sanction einer bereits bestehenden allgemeinen Rechtsübung, wurde vom Preussischen Land-Recht wörtlich hinübergenommen.[134] Die späteren Redactionen fügen weitere Fälle hinzu.[135]

Frage, ob die Poenitentia vor der generalis inquisitio eintreten müsse oder auch noch vor der specialis inquisitio zu berücksichtigen sei. —

Vergl. *Zach.* II. 307 f.

[132] Const. Elect. 16. P. 4 [f. Consult. II. 4, 37 p. 158]. Ob der, so Fehdebriefe gesteckt, und pönitiret, gelinder zu strafen?

Unsere Verordnete halten es darfür, wann einer Fehdes-Brieff überantwortet, und ehe er sie ins Werck gesetzt, oder Schaden erfolget, in eine Reue fällt und poenitiret, und den Fehde-Brieff wieder fordert, dass demselben die ordentliche Straffe erlassen, und er doch nach Gelegenheit mit, oder ohne Staupenschlägen zu verweisen seyn solle. Dabey wir es denn auch bewenden und bleiben lassen.

[133] Cf. Const, XVII. Von den Mordbrennern, so die That nicht verbracht. — Dieselben sollen ohne Unterschieder nicht weniger als andere Mordbrenner gestraft werden. *Carpzov* P. I. Q. XLIX. nr. 5 wollte zwar trotzdem bei echter poenitentia bloss Schwertstrafe, wogegen *Granz* § 554 p. 837 den Wortlaut betonte, und daher die ‚ordinaria' befürwortete.

Dagegen ist für die Thätige Reue bei der Brandstiftung hochinteressant das Chur-Sächs. Mandat d. 16. Nov. 1741, „die ohnnachbleibende strenge gesetzmässige Bestrafung des vorsätzlichen Feueranlegens betreffend".

§ 2 [Es nütze nicht, wenn pp.] „nach angestecktem Feuer Reue bezeigt und nach vollbrachter That solche entdeckt, andere zum Löschen und Dämpfung des Feuers herzugerufen und selbst dabei Hülfe geleistet".

„Würde jedoch der oder diejenige, welche zum Brennen geschickte Materie in der Absicht, dadurch eine Feuersbrunst zu verursachen, angelegt, aus Gewissensantrieb selbige, bevor sie sich entzündet, wiederum hinwegnehmen, so soll auf diesen Fall zwar nicht auf die Todes-Strafe erkannt, jedoch aber der Delinquent mit harter Leibesstrafe deshalb angesehen werden.

§ 6 [Gänzliche Straflosigkeit nur, wenn er vor Untersuchung oder Inhaftirung] „einzelne oder ganze Banden Mordbrenner und deren Aufenthalt freiwillig offenbaren — sollte."

[134] Landrecht des Hertzogthumbs Preussen v. 1620 l. VI. tit. VII. art 1 § VIII; ebenso L.-R. v. 1685.

[135] In „Friedr. Wilh. . . . Verbessert. Landrecht v. 1721 finden sich ausser dem Sächs. Diebstahlsparagraphen (in P. III. Tit. VIII. art. 1 § VIII) entsprechende Restimmungen bei der Blasphemie (P. III. T. V. art. V. § fin.) im Fall der Reue in continenti; bei der Falschmünzerei (ib. art. VIII.

Am ergiebigsten in Bezug auf unsern Gegenstand sind aber die Österreichischen Gesetze. Und zwar hier in erster Linie die Ober- (1677) und die Niederösterreichische (1678) Landgerichtsordnung[135a]. Die interessanten Bestimmungen derselben in Bezug auf Zauberey[136], Totschlag[137], Parricidium[138], Mordbrennerei[139],

---

§ IX) im Fall der Wiedereinlösung versetzter falscher Münzen; bei der Brandstiftung (P. III. Tit. V. Art. XIX. § III.) soll der Thäter, wenn er Leute zum Löschen herbeiruft, bloss mit dem Schwerte — statt mit dem Feuer — vom Leben zum Tode gebracht werden!

[135a] Die Titel dieser G.-Bücher lauten:

Der Röm. Kayserl. Majestät Ferdinandi dess Dritten etc. Newe peinliche Landtgerichts-Ordnung in Österreich ob der Ennss. Wien 1677.

Ferdinandi dess Dritten Newe peinliche Landgerichtsordnung in Österreich unter der Ennss. Wien 1678.

Beide unterscheiden sich sehr in der Anordnung und Einteilung; die einzelnen Bestimmungen dagegen sind meist bis auf die Orthographie identisch. Ich citiere nach N.-O.-L.-G.-O. und füge die Ziffern nach O.-L.-G.-O. bei.

N.-L.-G.-O. (1678)	O.-L.-G.-O. (1677) ob der Ennss
[Todtschlag] Th. II. 62. Art. § 12 p. 76.	Th. III. 4. Art. § 12 p. 111—112.
[Parricidium] Th. II. 65. Art. § 7 p. 85.	„ III. 7. „ § 7 p. 121.
[Mainaydt] 91. Art. § 4 p. 153.	„ III. 31. „ § 4 p. 199.
[Strassenrauberey] 86. Art. § 6 p. 146.	„ III. 27. „ § 6 p. 191.
[Mordbrenner] 83. Art. § 7 p. 134.	„ III. 24. „ § 7 p. 177.
[Diebstahl] 84. Art. § 7 p. 138f.	„ III. 25. „ § 7 p. 182.
[Zauberey] 60. Art. § 6 p. 71.	„ III. 2. „ § 6 p. 106.

[136] II. 60. Art § 6. Von der Zauberey. Linderungs Vmbständt. p. 71.

Dahingegen mildert über vorige in genere angezaigte Vmbstände auch dieses | wann ein Zauberer noch vorhero | ehunder er angeklagt: vnd in Verhafft gebracht wirdt | wahre Buess thuet.

p. 106. ≌ O III., 2. Art. § 6 Linderungs Vmbständt.

[137] Wann jemandt einen bösen Vorsatz hat, einen umb das Leben zu bringen, dann aber durch andere verhindert wirdt, der soll mit einer extraordinari Straff belegt: Da aber einer auss bösem lang bedachtem Vorsatz, jemandten fürgewartet, denselben würcklich angegriffen, und seinerseits an verbringung der Mordthat nichts hätte erwinden lassen; obgleich der Todt dess Angegriffenen hierauff nicht erfolgt, der solle nichts desto weniger mit dem Schwerdt von dem Leben zum Todt hingerichtet werden.

[138] Wann die That nicht gar vollbracht, p. 85 cf. Art. 65 § 7 (Parricidium), so ist wohl zu erwägen, ob der Thäter wider seinen Willen

„Diebstahl" [140], „Strassenrauberey" [141], „Mainaydt" [142] werden in den Anmerkungen mitgeteilt.

Von späteren Gesetzbüchern ist die Josephina von 1708 [143] bemerkenswert. Hier wird die freiwillige Denunciation aus Reue [144] als Strafmilderungsgrund angeführt und ausserdem ein Fall des ‚Rücktritts' erwähnt, dessen wohl kein anderes Gesetzbuch gedenkt.[145]

Auch die Wissenschaft beschäftigt sich eifrig mit der Thätigen Reue. Es fehlt hier auch nicht an Ausführungen allgemeinerer

---

verhindert oder freiwillig nachgelassen, ober nahe zu der That komben oder nicht?

[139] 83. Art. (Von den Mordtbrennern.) Mildernde Vmbständt. p. 134 § 7. Herentgegen wirdt die Straff dess lebendig verbrennens nachgesehen | vnd an stat derselben der Thäter vorhero mit dem Schwerdt hingerichtet | oder nach gestalt der Vmbständt extraordinariè, wie dann auch noch leydentlicher bestrafft | wann er in der ersten That nach gelegt: vnnd auff gehenden Fewer die Rew erzaigt | vnd solches mit seinem Zuthun ohne sonderlichen Schaden gedämpfft worden — ♎ O III. 24. Art. § 7 p. 177.

[140] 84. Art. (Vom Diebstall.) Mildernde Vmbständt. p 138f § 7. Herentgegen wirdt die Todes-Straff nachgesehen vnd der Dieb was leichters gestrafft:

Andertens | wann das gestollene Guet den rechten Herrn von dem Dieb selbsten | oder durch andere wider geben | auch denen Kauffern durch den Dieb der Werth wider erstattet wirdt.

Vierdtens | wann sich der Dieb mit dem Bestollenen verglichen.

Fünfftens | oder nach verzehrtem Diebstall zur wider Erstattung anerbott | solche auch thuen könte.

Dise | vnd der gleichen sollen allein willkürlich | nach Beschaffenheit dess Diebstalls | mit gantzen | oder halben | offent: oder haimblichen Schillingen | Landtgerichts Verweisungen | Gefängnuss | oder Gelt Straffen belegt werden. ♎ O III 125. Art. § 7.

[141] 86. Art. (Von Strassenrauberey) Milderende Vmbständt. p. 146 § 6. Achtens | wann sich der Rauber mit dem beraubten verglichen | solle man dieselbe mit gantzen | oder halben Schillingen | vnd Landtgerichts Verweisungen abstraffen | oder aber zur offentlichen Arbeit verurthailen. O. III. 27 Art. § 6 p. 191.

[142] (Von dem Mainaydt) sub „Linderende Vmbständt. Vierdtens | wann der Mainaydige den zuegefügten Schaden kan vnd will erstatten | etc. — O, III. 31. Art. § 4 p. 199.

[143] . . . Josephi dess Ersten . . . Neue Peinliche Hals-Gerichtsordnung Anno 1708.

[144] Art. XVII. § 7 cit.

[145] Art. XIX. § 19 cit. (Sodomie).



Natur, wenn dieselben auch meist im Anschluss an die Besprechung irgend eines speciellen Delictes gegeben werden.

Das von mir gesammelte Material entzieht sich wegen seines ausserordentlichen Umfangs der Mitteilung. Auch ist der Wert immerhin ein beschränkter. Ein Überblick möge in den Anmerkungen gegeben werden.[146]

---

[146] Ausführungen über die Thätige Reue überhaupt finden sich namentlich bei

Damhouder bei der Betrachtung des assassinium c. LXXXV nr. 8 und 9 p. 332b 333b.

Hunnius bei der Betrachtung der Straflöschungsgründe Disp. XV. nr 64 p. 426.

Berlich bei der Betrachtung der diffidatio concl. XXIII. p. 126.

Carpzov I. 18 nr. 23 sq.; 39 nr. 5; 45 nr. 66 (— Pars. I. Quaestio XVIII nr. 23 etc.).

Theodoricus p. 1440 sq.

Granz § 539 p. 835.

Ueber die Thätige Reue bei der Blasphemie vgl.

Berlich concl. 1 nr. 101 p. 9.
Carpzov I, 45, 66.
Granz § 560 Sp. 838.
Scopp S. 301.
Fröhlich S. 16.

Beim Sacrileg:

Döpler S. 399.

Bei der Haeresis:

Granz § 559 p. 838.

Magie:

Carpzov I. 49, 76.
Granz 561 p. 338.
Fröhlich S. 73, 239.

Meineid:

Fröhlich S. 86.

Fleischesvb.:

Granz § 548 p. 836.

Laesa maiestas:

Theodoricus p. 586, 9.

Perduellio:

Matthaei p. 316.

Landesverrat:

Granz § 542, p. 835.

Barattaria:

Granz § 543 p. 836.

Es kommt auch vor, dass die juristische Relevanz der P. mit Bestimmtheit abgelehnt wird. Dahin gehört *Carpzovs* interessante Ausführung über den Fall des Raubes. Hier, meint er, läge die Sache völlig anders, wie beim Diebstahl; sowohl nach positivem Recht als nach allgemeinen Grundsätzen. Denn die Reue nach vollendetem Delict könne nur dann als strafmildernd in Betracht kommen, wenn sie den Delictsschaden wieder tilge. Beim Raube (robbaria) liege derselbe wesentlich in der Verletzung der öffentlichen Sicherheit. Diese werde durch der Zurückgabe des Entwendeten nicht wieder gut gemacht. De jure sei also hier die Strafe strict zu vollziehen. Doch werde die Oberbehörde hier gern Gelegenheit nehmen, Gnade vor Recht ergehen zu lassen. Und er,

---

Falsa moneta:
Granz § 541 p. 835.
Fröhlich S. 436.
Bei der Diffidatio:
Carpzov I, 37.
Granz § 551 S. 837
Fröhlich S. 121.
Bei den Plagiarii.
Berlich concl. XXIII. nr. 6 p. 136.
Beim Assassinium:
Damhoder c. LXXXV. nr. 8 u. 9.
Berlich concl. XXIII. nr. 4 p. 136.
Granz § 544 p. 836.
Beim Parricidium:
Carpzov I. 18.
Beim Incendium:
Carpzov I. 39 nr. 5.
Granz § 550, 554 p. 837.
Fröhlich S. 130.
Bei der Rapina:
Carpzov 1. 90 (dagegen).
Döpler 370 p. 165 „
Granz § 555 p. 837 „
Fröhlich S. 387 (dafür).
Beim Diebstahl:
Carpzov II. 80, 85.
Theodoricus p. 118. 2.
Döpler § 103 p. 26.
Granz § 557. p. 837.
Fröhlich S. 337 ff.

Carpzov, könne das nur billigen, damit der reuige Delinquent doch auch etwas (einen Vorteil) von seiner Reue habe.

Diese Ausführung *Carpzovs* fand derartigen Beifall, dass fast sämtliche nachfolgende Autoren am pp. Ort *Carpzov* ausschreiben.[147]

In Oesterreich hatte man dagegen eine mildere Auffassung, wie uns dies *Frölich* bezeugt.

37. Wenn wir noch einen Blick auf die Praxis werfen wollen, so finden wir eine beachtenswerte Mitteilung über dieselbe in der schon oben rühmend erwähnten Erfurter Dissertation von 1733. Hier wird bemerkt, dass auch in der Praxis die Regel herrsche:

> „poenitentiam [post del. perf. et cons.] in casibus non „sigillatim in Legibus expressis non prodesse delinquentibus ad „omnimodam absolutionem, sed saltem ceteris paribus, et, si res „in pristinum statum reduci potest, ad poenae mitigationem.“[148]

Im übrigen lässt sich sagen, dass die weitgehendsten Concessionen an die thätige Reue in Oesterreich gemacht wurden, wofür namentlich *Frölichs* zahllose Ausführungen über unsern Gegenstand anzuführen sind. In den anderen deutschen Ländern scheint man sich weit reservierter verhalten und event. auch nur eine geringere Strafmilderung verwilligt zu haben.

V. Capitel.

Neueste Entwicklung des Deutschen Rechts bis zur Emanation des Nordd. Str.-G.-Bs.

38. Die oben (32) erwähnte Ansicht des grossen Reformators der Strafrechtswissenschaft, dass der freiwillig abgebrochene Versuch straflos zu bleiben habe, beruhte nicht nur auf dem Art. 178

---

[147] *Döpler* im „Andern Teil“ vom „Schauplatz“ CCCLXX p. 165 . . . „Weil dadurch violata Securitas nicht restituiret werden kann, als sonst in Diebstahl geschiehet, . . . findet man auch nirgends, dass man solchen Räubern Gnade erzeigen solle.

Granz § 555 p. 837 . . . securitas violata restitui non potest.

[148] *Reinhardt-Beuchel*, De fure poenit. § 14 pag. 14.



der P.G.O., sondern auf der durch rechtsphilosophische und criminalpolitische Erwägungen[149] gewonnenen ‚opinino necessitatis'. Als daher *Feuerbach* mit der Aufgabe betraut wurde, an Stelle *Kleinschrod's* den Entwurf eines Strafgesetzbuchs für das Königreich Baiern auszuarbeiten, nahm er eine entsprechende Bestimmung in demselben auf. Der Entwurf wurde bekanntlich im Wesentlichen am 16. Mai 1813 Gesetz. In demselben betreffen Art. 58 und 59 unsern Gegenstand. Der letztere Art. ordnet bei schwereren Verbrechen trotz der Straflosigkeit besondere persönliche Polizeiaufsicht an. Auch von dieser abzustehen, konnte man damals noch nicht übers Herz bringen. — Bekannt ist der grosse, häufig bestimmende Einfluss, den das Bairische Gesetzbuch — trotz seiner Mängel ein grosses Werk — auf die übrigen Deutschen Legislationen geübt hat.

Noch wichtiger freilich ist für das heutige Recht der Code pénal geworden und vielfach bietet er geradezu den Schlüssel zum Verständnis des heutigen Rechts. Wir wenden uns daher zu diesem französischen Gesetzbuch, insoweit seine Geschichte besonderes Interesse hat für die Lehre vom Versuch und spec. diejenige von der Straflosigkeit des freiwilligen Rücktritts. Vorher aber müssen wir einen Blick auf den Rechtszustand vor seiner Emanation werfen.

39. Der Code pénal.[150]

Wie überhaupt das französische Strafrecht vor der Revolution den Character des Gewohnheitsrechts trägt, so gilt dies insbesondere auch in Bezug auf die Materie vom Versuch. Doctrin und

---

[149] Auf letztere (*Feuerbach*, Kritik des Kleinschrodischen Entwurfs, II (1804) S. 102—104) kommen wir unten zurück.

[150] Cf. nam.

Lelièvre, de con. del. (1829),

I. c. IV. De conatu ex jure franco — Gallico ab antiquioribus temporibus usque ad Codicem anni 1791. bes. § 1 = 159—163.

c. V. De legibus circa conatum a Codice anni 1791 ad codicem poenarum anni 1810, quo adhuc utimur. bes. 192—199.

Chauveau Adolphe et Faustin Hélie, Traité de C.P. 5. Éd. 1872.

I. Chap. XI. No. 241 Dispositions de notre ancienne législation.

242 Lois de 1791 et du 22 prairial an IV.

243 Principes et discussion du Cp. s. la tentative et passim, p. e. 254.



Praxis lehnten sich an das Römische Recht, genauer gesagt, an die Meinungen der Italienischen Juristen über dasselbe. Das Resultat war, dass der Versuch bei den atrocioribus criminibus, den crimes énormes, ebenso wie die Vollendung (le crime consommé opp. le simple attentat) bestraft, in den übrigen Fällen dagegen nur eine gelindere, arbiträre Strafe erkannt wurde.

Uns interessiert nur, dass zum mindesten das Abstehen vom Versuch aus Reue straflos[151] blieb im Anschluss an die Interpretation von 14 Dig. ad l. Corn. de sic.; l. 49 Dig. de Reg. Jur.; l. 16 § 8 Dig. de poenis.

Die Gesetzgebung der Revolution ging von der Idee aus, an Stelle dieses haltlosen Gewohnheitsrechtes strictes Gesetzesrecht womöglich mit absoluten Strafen zu setzen und so das arbitrium des Richters auf einen möglichst geringen Raum zu beschränken. In Bezug auf den Versuch war die Anwendung des Princips ganz besonders schwierig. Vor allem war man sich jedenfalls darüber klar, dass nicht jeder Versuch, am wenigsten der freiwillig aufgegebene strafbar sein solle; noch grössere Schwierigkeit musste das Strafmass machen. Man entzog sich diesen Schwierigkeiten durch einen Schritt von ausserordentlicher Kühnheit: man unterliess jede allgemeine Bestimmung und erklärte damit principiell den Versuch als solchen für straflos. Nur beim Mord[152] und beim Thatbestande des Giftmordes[153] wurde in Übereinstimmung mit dem alten Recht der Versuch gleich der Vollendung gestraft, im ersten Fall freilich bloss der beendete (délit manqué), im zweiten aber schon der nahe.[154] Jedoch wurde hierbei (im letzteren Falle) freiwilligem Rücktritt vor der Entdeckung ausdrücklich Straflosigkeit gewährt[155] (l'accusé sera acquitté).

---

[151] *Lelièvre* l. c. 162: Qui autem consilium cum aliis inierat de homine interficiendo, postea poenitentia ductus, propria et libera sua voluntate a delicti exsecutione recessit, impunis dimittebatur (cf. Deferrière dict. de droit s v. crime I. 613). — Weiteres bei L.

[152] Code 1791 parte II. tit. 2 sect. I. art. 13.

[153] Code 1791 parte II. tit. 2 sect. I art. 15.

[154] Ausserdem parte II. tit. 1 sect. IV. art. 8 (Gefangenenbefreiung und Versuch derselben) und dazu die zahlreichen Thatbestände in Bezug auf die Sicherheit des Staates, die materiell Versuchsthatbestände sind; letztere noch vermehrt durch Gesetze von 1792, 1793, III., IV. (1794/1795/1796).

[155] Code 1791 parte II. tit. 2. sect. 1 art. 16.



Die principielle Straflosigkeit des Versuchs liess sich nicht aufrechterhalten und so erfolgte das Gesetz vom 22. Prair. an IV., beschlossen vom Rat der 500, welches die Tentative, die äusserlich sich manifestiert und einen Anfang der Ausführung nach sich zieht, allgemein für strafbar erklärt. Freilich bezog sich diese Bestimmung zunächst nur auf die infamierenden Strafen des Code von 1791, dieselbe wurde jedoch durch loi 17 frim. An. VIII. art. 17 auf die correctionell zu bestrafenden Delicte ausgedehnt.

Relevant für uns ist die Bedingung, an welche die Strafbarkeit des Versuches geknüpft ist; die tentative wird nur dann gestraft,

si elle n'a été suspendue que par des circonstances fortuites, indépendantes de la volonté du prévenu.

Dieser Passus wurde durch Beschluss vom 4. Oct. 1808 wesentlich[156] unverändert in den Entwurf zum Code pénal aufgenommen und erlangte demnächst Gesetzeskraft.

Auf Grund desselben ist jeder freiwillig abgebrochene Versuch straflos, ein Satz, an dem, wie wir gesehen haben, die französische Rechtsanschauung stets und mit der grössten Entschiedenheit festgehalten hat. Denn selbst dann, wenn man, wie im Giftmord-Artikel des Code von 1791, die Versuchshandlungen äusserlich selbständig bedrohte, vergass man nie, die entsprechende Ausnahme zu machen.

40. Die Deutschen Particular-Gesetzgebungen.[157]

Mit einer gewissen Begeisterung schloss man sich in Preussen 1851 an die französische Gesetzgebung an. Hier galt bisher immer noch das A. L.-R. Teil II, ein freilich längst nicht mehr zeitgemässes Recht. So stand es auch in Bezug auf die Behandlung des Rücktritts vom Versuch noch auf dem Standpunkt des vorigen Jahrhunderts, wenn es sich auch dazu verstand, für diesen Fall Begnadigung in Aussicht zu stellen. Die zahlreichen Entwürfe führten, da man sie fortwährend revidierte und zurückrevidierte (Komptz!), zu keinem Resultat, bis endlich die rheinpreussisch-französische Richtung der Juristen ans Ruder gelangte und nun

---

[156] „Du prévenu“ wurde durch de l'auteur ersetzt.

[157] Cf. *Goltdammer* Materialien.

dem Code pénal offen als Vorbild gefolgt wurde. In Bezug auf die Lehre vom Versuche beschränkte sich § 31—32 auf eine Übersetzung von Art. 2—3 des C. p. Dem entsprechend lautet § 31 Pr.-Str.-G.-B.:

Der Versuch ist nur dann strafbar, wenn derselbe durch Handlungen, welche einen Anfang der Ausführung enthalten, an den Tag gelegt und nur durch äussere von dem Willen des Thäters unabhängige Umstände gehindert worden oder ohne Erfolg geblieben ist.

So war damit auch für das Königreich Preussen die Straflosigkeit des freiwilligen Rücktritts vom Versuch anerkannt und als man nach den Ereignissen des Jahres 1866 in Norddeutschland ein gemeinsames Strafgesetzbuch forderte, war dieselbe überall geltendes Recht, wenigstens der unbeendigte Versuch blieb in diesem Falle allenthalben straflos. (S. den Rechtsvergleichenden Teil!)

Dieser seltenen Einstimmigkeit gegenüber konnte kaum ein Zweifel darüber aufkommen, dass eine entsprechende Bestimmung in das gemeinschaftliche Strafgesetzbuch aufzunehmen sei.

Um so verwunderlicher war es, als ein 1868 erscheinender Entwurf des Prof. *John* den Fall überhaupt für unpraktisch erklärte und ihn nicht aufzunehmen empfahl.

Der Rat wurde mit Recht nicht befolgt. Auf die inneren Gründe werden wir unten zu sprechen kommen; aber selbst die äusseren waren genügend: Schon im Römischen Recht zum Durchbruch gekommen, hatte sich der Satz von der Straflosigkeit des freiwilligen Rücktritts mit siegreicher Kraft immer mehr ausgebreitet; er war Gemeines Recht geworden und seit Anfang unseres Jahrhunderts hatten sich auch die Deutschen Particulargesetzgeber vor ihm mit der opinio necessitatis gebeugt. Schon das vermag doch gewiss die Vermutung zu begründen, dass er einem wirklichen Bedürfnis entspricht. [158]

Und so finden wir denn im § 46 des Str.-G.-Bs. für den Nordd. Bund den Satz im vollen Umfang, wenn auch mit einigen Clauseln versehen, anerkannt.

---

[158] *Seeger*, G. A. XVIII. (1870) S. 234.

41. Was die Behandlung des Thätigen Reue in den Gesetzgebungen dieser Zeit anlangt, so verweisen wir auf den nachstehenden Rechtsvergleichenden Teil. Ein Princip hat man weder in ihnen, noch im D. Str.-G.-B. durchgeführt, obwohl ein solches nahe genug liegt. Der dritte Teil dieses Werkes wird sich mit ihm zu beschäftigen haben.

II.

Rechtsvergleichender Teil.

---

42. Es ist der praktische Zweck der vergleichenden Jurisprudenz, durch Zusammenstellung und Sichtung der Rechte der verschiedenen Völker der künftigen particularen oder universalen Gesetzgebung zu dienen.

Denn es soll ein Volk nicht ausschliesslich von der eigenen Erfahrung zehren, sondern es soll sich auch die seiner Genossen zu nutze machen.

Kaum kann etwas auf den Wert einer Rechtsinstitution ein so helles Licht werfen, wie die vergleichende Jurisprudenz. Mögen andre Völker übereinstimmen, oder mögen sie abweichen, im einen wie dem anderen Falle ergeben sich die interessantesten Folgerungen. Namentlich aber ist es auch die Form und die ihr zu Grunde liegende Auffassung, die in allen Fällen von rechtspolitischer Bedeutung ist.

Wir haben im Nachstehenden eine ziemlich umfassende Sammlung der wichtigeren einschlagenden Gesetze des letzten Jahrhunderts zusammengestellt, einerseits, weil wir glauben, dadurch schon an sich — durch Beibringung des Materials — zum Verständnis des Rücktritts vom Versuch und der Thätigen Reue in Wissenschaft und Gesetzgebung beizutragen, andrerseits, um bei unsrer eigenen Deduction uns auf diese Gesetze berufen und sie dann in den Kreis unsrer criminalpolitischen Vorschläge hinein ziehen zu können.

Dass wir uns nicht ausschliesslich auf die jetzt geltenden Gesetze beschränken, wird jeder Einsichtsvolle billigen. Nicht immer ist das Neue ein Fortschritt gegenüber dem Alten. Und selbst wo dies ist, so erhält doch das Neue erst sein volles Licht durch

das Alte. Daher ziehen wir namentlich in den Rahmen unserer Zusammenstellung die deutschen Particulargesetzgebungen.

Zunächst wollen wir einen allgemeinen Überblick geben, bei dem, da er einem eigenen Zwecke dient, die Wiederholung von früher schon Gesagtem verziehen werden möge.

43. Die Epoche der modernen Legislationen beginnt in Deutschland mit der Josephina 1787 [159]. Dieselbe ist in wichtigen Punkten, namentlich — und das ist für uns das Bemerkenswerteste — in der Lehre vom Versuch zur Weltherrschaft gelangt.

Die franz. Loi 22 Prair. an IV. und der darauf beruhende Art. 2 C. p. ist nichts anderes wie der knapper formulierte § 9 im Kap. I, Teil I der Josephina. Der letztere wanderte im Réglement provisionnel auch in die österreichischen Niederlande — und entweder von dort oder direct wurde er nach Frankreich importiert. (Cf. Lelièvre.)

Wir haben in jenem Art. 2 eine Bestimmung, die wir als durch und durch deutsche bezeichnen können, historisch: indem sie österreichischen Ursprungs ist, dogmatisch: indem schon der Art. 178 der C.C.C. durchaus übereinstimmt.

Das Allg. L.-R. Preussen 1797 steht ganz auf dem Standpunkt des Polizeistaates. Wer vom Versuche zurücktritt, kann auf Begnadigung Anspruch machen. Gnade statt Recht!

Österreich 1803 basiert in der Versuchslehre auf der Josephina.

Bayern 1813 [160] eröffnet die Reihe der Deutschen Particulargesetzgebungen dieses Jahrhunderts. Das Gepräge ist ein eigenartiges. In der Versuchslehre hat man noch ziemlich viel gemeinrechtlich Doctrinelles. Zur Freiheit des österreichisch-französischen Standpunktes hat man sich noch nicht aufschwingen können. Die Straflosigkeit des Rücktritts wird durch besondere Disposition anerkannt.

Das Bayrische G.-B. hat bekanntlich einen ausserordentlichen Einfluss auf die Gesetzgebung der Folgezeit geübt, wenn derselbe auch in der Lehre vom Versuch vielfach durchkreuzt wurde von

---

[159] Zum Vergleiche ist in der Zusammenstellung auch die Theresiana von 1768 herangezogen.

[160] Zum Vergleiche ist in der Zusammenstellung auch der Cod. Jur. Bav. Crim. von 1751 herangezogen.



der Engherzigkeit der Gesetzgeber einerseits, andrerseits von der Einwirkung der richtigen österreichisch-französischen Versuchsdefinition.

In letzterer Beziehung sind rühmend hervorzuheben Mecklenburg-Schwerin 1839 (Gesetz über den Diebstahl), Württemberg 1848 (allg.), Preussen 1851 (desgl.), Thüringen 1850 (jedoch straft es widerspruchsvollerweise den freiwillig abgebrochenen beendigten Versuch), Bayern, 1861, Lübeck 1863.

Dagegen hatten Württemberg 1839 (anders 1849 s. o.), Oldenburg 1858, und zuletzt Hamburg eine ähnliche allgemeine Bestimmung wie Bayern 1813.

Manche Particulargesetzgebungen schränkten die Straflosigkeit ausdrücklich auf den unbeendigten Versuch ein. So

Braunschweig 1840, Hannover 1840, Hessen 1841, Baden 1845. Nassau 1849, Sachsen 1855 u. 1868, Thüringen 1850 (s. o.).

Der beendigte Versuch wurde jedoch auch in diesen Staaten im Falle der Erfolgsabwendung milder bestraft.

Ganz vereinzelt steht Sachsen 1838 (anders 1855 s. o.), welches überhaupt keine Straflosigkeit kennt.

Bei der Schaffung eines Ges.-B. für den Nordd. Bd. musste es eigentlich als von vornherein selbstverständlich erscheinen, dass man die in Deutschland herrschende Versuchsdefinition wählen werde. Bloss Braunschweig, Hessen, Sachsen, Oldenburg, Hamburg hatten von Nordd. Staaten, von süddeutschen nur Baden eine Bestimmung des strafbaren Versuches, bei der das Moment des unfreiwilligen Abbrechens fehlte.

In der That hatte der Entwurf I den richtigen Weg gewählt, den man aus Rücksichten vermeintlicher processualer Prakticabilität jedoch wieder verliess.

An und für sich ist zwischen der einen und andern Formulierung durchaus kein Unterschied. In jedem Falle liegt, wenn überhaupt Straflosigkeit bei freiwilligem Rücktritt gewährt ist, strafbarer Versuch (auf der Thäterseite) nur bei unfreiwilliger Verhinderung vor. Möglicherweise können sich jedoch aus der Fassung (nicht aus der blossen Trennung) Consequenzen für die Lehre von der Teilnahme und ferner auch für die processualische Gestaltung ergeben.

Wir werden darauf in der zweiten Hälfte des Werkes näher eingehen.

Hier will ich nur darauf hinweisen, dass man nicht etwa bei der nachstehenden Übersicht in dieser Beziehung vollkommen unberechtigte Schlüsse zieht. In der Definition des Versuches kann die casuelle Verhinderung Begriffsmerkmal sein — aber möglicherweise sind die „Teilnehmer“ doch strafbar. Denn viele Gesetzgeber kennen die ‚qualitas adiecticia‘ im Sinne des Deutschen Reichsrechts nicht. Umgekehrt kann Straflosigkeit durch besondere Disposition anerkannt werden — die Teilnehmer sind aber trotzdem straflos. — Analog liegt es im Strafprocess bez. der Fragestellung.

Ausschlaggebend ist, wie gesagt, die nähere Fassung, die Formulierung der fraglichen Bestimmungen und der Charakter der gesetzlichen Behandlung der Teilnahme im Strafrecht, der Schuldfrage im Strafprocess. Aus der blossen äusseren Trennung folgt natürlich auch nicht das Allermindeste. Dieser Irrtum ist aber in Deutschland so ‚in sucum et sanguinem‘ der ‚communis opinio‘ übergegangen, dass es wohl nur rückhaltlose Billigung verdient, wenn ich in diesem Werke immer und immer wieder diesen Punkt betone.

44. Was die Gesetzgebungen des Auslandes, Österreich ist bereits oben erwähnt, betrifft, so definieren den Versuch gleich in engerer Weise

Frankreich (Monaco), einige Schweizer Cantone, Belgien (Luxemburg), Niederlande, Schweden (bei spec. Delicten), Italien, Spanien, Portugal, Brasilien.

Wenn daneben, wie im jetzt werdenden Italienischen Gesetze, dem Entwurfe Zanardelli, die sich ergebende straflose Materie noch besonders formuliert ist, so ist dieses von manchen Seiten und nicht ohne Grund getadelte Verfahren durch ein Streben nach einer fast übergross zu nennenden Deutlichkeit eingegeben, oder man glaubt vielleicht gleichzeitig in dieser Weise besser ausdrücken zu können, dass beim qualificierten Versuch die selbständigen Gesetzesverletzungen strafbar bleiben. Immerhin wäre es wünschenswert, dass einmal ein Italienischer Jurist zur Rechtfertigung dieser Behandlungsweise das Wort ergriffe.

Chile und Perú definieren das délit manqué richtig, beim Versuch erkennen sie aber erst durch nachfolgende Disposition Straflosigkeit an.

Das letztere Verfahren schlagen überhaupt ein: [Deutsches Reich (s. o.!)], Ungarn, einige Schweizercantone, Dänemark, [Schweden in einem Falle (Hochverrat); i. ü. s. o.! Einen „Versuch" im allg. Teil kennt es nicht.] Norwegen, Russland, Griechenland.

Der Versuch ist endlich ohne Rücksicht auf freiwilligen oder casuellen Abbruch allgemein strafbar in den ungeheuren Gebieten, wo das Englische Idiom herrscht, — im Vereinigten Königreiche selber, in den Colonien und namentlich auch in den Vereinigten Staaten von Nordamerika.

„Quando aliquid prohibetur, prohibetur et omne quod devenitur ad illud", das ist der Satz, den schon *Coke* aussprach, und auf dem diese völlige Gleichsetzung beider Fälle beruht.

Dieser Satz ist aber durch und durch falsch und haltlos.

Logik und Criminalpolitik entscheiden durchaus zu Gunsten der Gesetzgebung der nichtenglischen Staaten, die in der Gegenwart sich allgemein [161] mit seltener Einstimmigkeit für Straflosigkeit freiwillig abgebrochenen Versuches entschieden hat. Man kann dieselbe, von England abgesehen, als Weltrecht bezeichnen.

45. Was die Behandlung der **Thätigen Reue** in den modernen Legislationen betrifft, so ist es kaum möglich, einen irgendwie befriedigenden Überblick zu geben. Denn die Vollendungsthatbestände sind in hohem Masse verschieden bestimmt. Daraus, dass der eine Staat bei einem Verbrechen keine thätige Reue kennt, folgt daher keineswegs, dass bei ihm das Gebiet des Strafbaren grösser wäre. Und umgekehrt! — Ein richtiges Bild liesse sich also erst durch Heranziehung der Consummationspunkte sämtlicher Delicte in den verschiedenen Rechten gewinnen.

Dies wäre aber eine Arbeit, welche die Kräfte eines Einzelnen übersteigt.

Gleichwohl hoffen wir, dass die nachfolgende Zusammenstellung doch auch in dieser Hinsicht als hinreichend umfassend und daher auch criminalpolitisch brauchbar befunden werden wird.

---

[161] Die Gesetzgebung der Balkanstaaten und des aussereuropäischen Orients habe ich nicht in Betracht ziehen können.



Was die Gesetzgebungen Deutschlands (incl. Österreichs) betrifft, so dürfte man in der That nichts wesentliches vermissen.[162] Sogar besonders wichtige Entwürfe in den Particularstaaten sind herangezogen.

Das franz. Recht bietet, soweit ich sehe, für uns nichts. Doch hat man dabei zu bedenken, dass die Jurisprudenz in Frankreich ganz wie s. Z. die Römische die Tendenz hat, den Vollendungspunkt des Verbrechens geeigneten Falles entsprechend hinauszuschieben und dann Art. 2 anzuwenden. So z. B. beim Meineid.

Gleiches dürfte im wesentlichen von allen Ländern gelten, die mehr oder weniger unter der Herrschaft des C. P. stehen.

Grosse Sorgfalt ist auf die Ausbeutung der neuesten Gesetzentwürfe von Russland,[163] Österreich und Italien für unsern Gegenstand verwendet. Alle drei werden wahrscheinlich in nicht zu langer Zeit im wesentlichen Gesetz werden.

Wir haben es hier mit drei Entwürfen zu thun, an denen eine criminalpolitische Betrachtung nicht vorübergehen darf.

Allen den genannten Staaten geht eine allgemeine Bestimmung für die thätige Reue ab.

Eine solche findet sich dagegen zuerst im Bairisch. Entwurf von 1822.

Die Criminalgesetzgebung dieses Landes hatte durch *Feuerbachs* Werk die Augen der civilisierten Welt auf sich gerichtet. Jedoch nicht müssig ruhte man auf den errungenen Lorbeern aus, sondern man verhehlte sich keineswegs die materiellen Mängel, namentlich die Härten des G.-B. von 1813. Vor allem wurde auch der Lehre vom Rücktritt vom Versuch und der Thätigen Reue die grösste Aufmerksamkeit geschenkt. Man wählte selbst den Weg des Rescriptes, um hier die criminalpolitisch richtigen Gedanken zur Geltung zu bringen. 1816 erfolgte ein in dieser Beziehung tief einschneidendes Gesetz über den Diebstahl.

Die „Jahrbücher der Gesetzgebung und Rechtspflege im Kgr. Baiern herausgeg. von v. Gönner und v. Schmidtlein“ 1818 ff.

---

[162] Auch in dieser Beziehung ist dies die erste Zusammenstellung; die bei *Stenglein* (Sammlung der deutschen Strafgesetzbücher. München 1857) im Sachregister sub Thätige Reue angeführten Gesetzesbestimmungen sind selbst für die fraglichen Gesetze nicht vollzählig.

[163] Soweit derselbe bisher übersetzt worden ist!

geben Zeugnis von der ausserordentlichen Thätigkeit, die man entfaltete.

Es war *v. Gönner*, der das principielle Wesen der thätigen Reue wohl zuerst richtig erfasste und dieselbe in seinem Entw. v. 1822 wirklich zum Princip erhob.

Für Bayern selbst wurde bekanntlich dieser Entwurf nicht Gesetz. Dagegen finden wir im Str.-G.-B. für Griechenland v. 1834 Αρθρ. 113—115 die Straflosigkeit bei thätiger Reue in ihrem principiellen Umfang anerkannt.

Auch Dänemark hat im Art. 60 eine Bestimmung allgemeinen Charakters, die im Falle der Schadensabwendung sehr niedrige Bestrafung, und im Falle der Selbstanzeige und Denunciation der Mitschuldigen auch Straflosigkeit gestattet.

— — —

Dass das Englisch-Nordamerikanische Recht zum mindesten keine Straflosigkeit bei Thätiger Reue kennen kann, leuchtet nach dem oben Gesagten ein.

Das Institut der Kronzeugen trägt einen rein politischen Charakter.

— — —

46. Die Thatbestände bei denen vorzugsweise in den Gesetzgebungen die Thätige Reue für relevant angesehen wird, sind:

Meineid (vorsätzlicher und fahrlässiger) und falsches Zeugnis, auch andere Fälschungsdelicte.

Brandstiftung (vors. und fahrl.)

auch andere gemeingef. Delicte.

Zweikampf (sofern nicht hier gleich im vornherein der Thatbestand entsprechend enger gefasst ist.)

Entführung.

Eigentumsdelicte oder überhaupt Vermögensbeschädigung insbesondere Diebstahl.

Was das Complott betrifft, so folgt schon aus dessen Charakter als Versuch bez. Vorbereitungshandlung die Möglichkeit straflosen Rücktritts.

Ein Gleiches gilt vom Unternehmen des Hochverrats, welches — quâ Versuch — einige Rechte im Fall des Rücktritts ausdrücklich für straflos anerkennen, weil hier und da die Gesetzesauslegung Zweifel zeigte.

47. Ich gebe eine kurze Uebersicht als Schlüssel für das mitgeteilte Material:

Meineid und falsches Zeugnis.

Straflosigkeit.	Strafmilderung.
Voraussetzung i. allg.: freiwilliger rechtzeitiger Widerruf.	
(Preussen Entw. v. 1830)	— — —
[Cf. auch Bayern Rescript 1815]	— — —
Bayern 1861, Art. 196.	— — —
— — —	Sachsen, 1838, Art. 188.
Sachsen 1855. 68, Art. 231 Abs. 2.	„ 1855, 68, Art. 231 Abs. 1 (ev.!)*
— — —	Hannover, Art. 212
Württ. **	— — —
— — —	Baden ** §§ 495. 496.
— — —	Hessen, Art. 240.
— — —	Thüringen, Art. 175.
— — —	Oldenburg 1845 § 13.
Braunschweig § 142	— — —
— — —	Deutsches Reich § 158.
Oesterr. Entw. 1881 § 168	Oesterr. Entw. 1881 § 169 (ev!)
Italien, Cod. 1859, Art. 372 Abs. 2.	Italien, Art. 72 Abs. 1 (ev!)
Italien, Prog. Zanardelli, Art. 206	„ , Zan., Art. 206, Abs. 2, 209.
Bern, Art. 120 (fac.)	Bern, Art. 120.
— — —	Fribourg, Art. 192 (correctionelle Strafe).
Neuchâtel Art. 136 (fac.)	Neuchâtel, Art. 136 (ev. peines de simple police).
— — —	Schaffhausen § 253.
Solothurn § 93.	— — —
Thurgau § 189 Abs. 2.	— — —
Valais, le (Wallis) Art. 192 (fac.)	— — —
Vaud, Art. 91 (fac.)	— — —
Zug § 37.	— — —

* (ev) soll bedeuten, dass Strafmilderung stattfindet, wo nicht Straflosigkeit sattfindet.

** der Consummationsmoment ist in einer Weise bestimmt, dass für Straflosigkeit bei thätiger Reue immerhin erheblicher Raum bleibt.

Fahrlässiger Eid.

Straflosigkeit.	Strafmilderung.
Voraussetzung: Rechtzeitiger Widerruf.	
Preussen § 132.	— — —
— — —	Sachsen 1838, Art. 188.
Thüringen, A. 177.	Thüringen, Art. 177 (ev!)
Oldenburg 1845 § 13.	— — —
Hamburg, A. 113.	— — —
Ausserdem nat. Bayern 1861, Sachsen 1855,68, Braunschweig. (s. s. Meineid!)	— — —
D. R. § 163	— — —
Oest. Entw. 1881 § 171.	— — —
(Ausserdem nat. wie sub. Meineid!)	— — —

NB. Andres (nichteidliches) **falsches Zeugnis**, wo es überhaupt strafbar ist, bei Widerruf wie s. Meineid. Bes. zu bemerken:

Bayern 1861, A. 197, 200.	— — —
Betr. **Calumnia.**	
— — —	Italien, Zan., A. 204.

Andre Fälschungsdelikte: a) **Münzfälschung.**

Voraussetzung: Rücktritt, also: Verzicht auf die Verausgabung.

Italien, Zan., Art. 252.	— — —
Bern, Art. 103.	— — —

(Voraussetzung: Benachrichtigung der Behörden vor Vollendung und Entdeckung.)

b) le faux en écriture.

Fribourg, Art. 175 Abs. 2.	— — —

Vorsätzliche Brandstiftung.

Straflosigkeit.	Strafmilderung.
Allg. Voraussetzung: Freiwillige Löschung vor (nennenswertem) Schaden etc.	
— — —	Bayern 1751, I,8,8.
— — —	„ 1813, A. 253.
Bayern Entw. 1822, Art. 196	„ Entw. 1822, Art. 197 (pp. weitere Ausbreitung).

Straflosigkeit.	Strafmilderung.
— — —	Bayern 1861, Art. 351.
— — —	Sachsen 1838, A. 178.
— — —	„ 1855,68, A. 213.
— — —	Hannover, A. 187.
— — —	Württemberg, A. 383.
— — —	Baden § 561.
— — —	Hessen, Art. 416, 417.
— — —	Thüringen, A. 167.
— — —	Braunschweig § 208.
— — —	Hamburg, A. 177.

NB.! Preussen gewährte weder Straflosigkeit noch Strafmilderung, ja, es liess nicht einmal mildernde Umstände zu, so dass auch in diesem Falle nach § 258 Pr. Str.-G.-B. auf zehnjährige bis lebenslängliche Zuchthausstrafe zu erkennen war!!

Straflosigkeit.	Strafmilderung.
D. R. § 310.	— — —
— — —	† Oesterreich 1803 § 148 g.
Oesterreich 1852 § 168.	— — —
„ Entw. 1881 § 329.	— — —
— — —	Appenzell A. Rh. § 131.
— — —	Basel Land und Basel Stadt § 167.
Bern, A. 195 (fac.)	Bern, Art. 195.
— — —	Glarus § 118.
— — —	Luzern, Art. 114.
Neuchâtel, Avant-Projet. 1888, A. 395 (fac.)	Neuchâtel, Av.-Projet., Art. 395.
— — —	Schaffhausen § 136.
— — —	Solothurn § 169.
— — —	Thurgau § 202.
— — —	Ticino, Art. 397.
Valais, le (Wallis) Art. 326.	— — —
Zürich § 203 (fac.)	Zürich § 203.
Zug § 106 (fac.)	Zug § 106.

Gemeingefährliche Verb. überhaupt.

Straflosigkeit.	Strafmilderung.
Voraussetzung: Reuiges Verhindern oder Vermindern des (unbetr.) Schadens.	
— — —	Italien, Entw. Zanardelli, A. 313.

Fahrlässige Brandstiftung.

Straflosigkeit.	Strafmilderung.
Bayern 1861, Art. 352.	— — —
D. R. § 310	— — —
u. s. w. (wie vorsätzliche Brandst. col. 1).	— — —

Fahrlässige Handlungen gemeingef. Charakters.

Straflosigkeit.	Strafmilderung.

Voraussetzung: Unterdrückung des Schadenseintrittes durch den Thäter.

Russ. Entw. Art. 489.	— — —

Entführung.

Straflosigkeit.	Strafmilderung.

Voraussetzung: Freiwillige Entlassung der geraubten Person.

— — —	Thüringen, Art. 144, 145.
— — —	Italien, Entw. Zan., A. 325.

Eigentums (bez- Vermögens) delicte * überhaupt.

Straflosigkeit.	Strafmilderung.

Voraussetzung: Rechtzeitige freiwillige Rückgabe bez. Schadensersatz.

— — —	Bayern 1861, Art. 74.
Sachsen 1855, 68, Art. 296.	Sachsen 1855, Art. 296 Abs. 2.
Thüringen (ausser Dessau-Köthen) Art. 49.	Thüring. [ev.! und überhaupt Dessau-Köthen] Art. 49, Abs. 2.
Braunschweig § 243. 1) und Abs. 2.	Braunschweig [ev.!] § 243, 2)
Oest. § 187 (167) [Diebstahl und Veruntreuung].	— — —
Oest., Entw. 1881 § 66.	— — —
[Diebstahl, Unterschlagung, Betrug, Sachbeschädigung, Hehlerei, Furtum usus, Verg. i. Bez. auf unbefugtes Fischen u. Krebsen!]	Russland, Entw. 491, 496, 500, 504. 505. Italien, Zan., [159 Abs. 2;] 411.

* Umfang wird verschieden bestimmt.

Diebstahl (allein).

Straflosigkeit.	Strafmilderung.
— — —	Bayern 1813, A. 226.
Bayern 1816, A. XI.	— — —
„ Entw. 1822, Art. 302.	— — —
— — —	Württemberg 1839, A. 342.
— — —	Hannover, A. 299.
— — —	Baden § 395.
— — —	Hessen, A. 376.
Oest. schon 1787 § 156.	— — —
— — —	Appenzell, A. Rh. § 113.
— — —	Bern, Art. 215.
Graubünden § 166 (fac.)	Graubünden § 166.
Schwyz § 74 (fac.)	— — —
— — —	Schaffhausen § 215.
— — —	Thurgau § 147.
— — —	Obwalden, Art. 103 Abs. 2.

(s. oben Eigentumsdelicte!)

Unterschlagung (überhaupt).

Straflosigkeit.	Strafmilderung.
Schaffhausen § 219	— — —

Unterschlagung durch Beamte.

Straflosigkeit.	Strafmilderung.
Bern, Art. 92 (fac.)	— — —

Unterschlagung von Acten, Documenten etc.

Straflosigkeit.	Strafmilderung.
— — —	Italien, Entw. Zan., Art. 191, Abs. 3.

Verleumdung, Beleidigung.

Straflosigkeit.	Strafmilderung.

(Vergl. Falsches Zeugnis, spec. calumnia oben!)

Voraussetzung: Freiwilliger entsprechender rechtzeitiger Widerruf.

Hannover, A. 263.	— — —
Hamburg, A. 171.	— — —

Hochverrat und Landesverrat (vergl. das oben Bemerkte.)

Straflosigkeit.	Strafmilderung.
Bayern, Entw. 1822, Art. 112 [pol.].	— — —
Sachsen 1855, 68, A. 119 [qua Versuch]	— — —
Oesterreich § 62 (56) [politische Färbung]	— — —
Oesterreich, Entw. 1881, § 95 [qua Versuch]	— — —
Schweden, Cap. 8 § 10, Landesverrat [qua Versuch]	Schweden, Cap. 8 § 7 Hochverrat [qua Versuch]

Aufruhr.

Straflosigkeit.	Strafmilderung.
Zurüch § 76 (fac.)	— — —

Die vorstehende Zusammenstellung will weiter nichts sein, wie nochmals betont sein mag, als ein Hülfsmittel zur Orientierung in dem nachstehenden Materiale selber.

Daher konnte auf die nähere Begrenzug namentlich auf die z. T. compliciert gestalteten Voraussetzungen der Straflosigkeit bez. der Strafmilderung nicht weiter eingegangen werden.

Alphabetisches Verzeichnis
der Staaten.

Die Zahlen beziehen sich auf die Nr., unter denen die einschlagenden Gesetze in der nachfolgenden Zusammenstellung stehen:

48. Das Deutsche Reich und die in ihm vereinten Staaten.

I. Deutsches Reich.

[Vergl. Nordd. Bd.]

1. Str.-G.-B. f. d. Deutsche Reich vom 15. Mai 1871.

§ 46. [**Versuch.**] Der Versuch als solcher bleibt straflos, wenn der Thäter 1) die Ausführung der beabsichtigten Handlung aufgegeben hat, ohne dass er an dieser Ausführung durch Umstände gehindert worden ist, welche von seinem Willen unabhängig waren, oder 2) zu einer Zeit, zu welcher die Handlung noch nicht entdeckt war, den Eintritt des zur Vollendung des Vb. oder Vg. gehörigen Erfolges durch eigene Thätigkeit abgewendet hat.

§ 158. [**Meineid.**] (Strafermässigung auf ½—¼; Voraussetzungen wie § 163).

§ 163. [**Fahrlässiger Eid.**]

[Abs. 2.] Straflosigkeit tritt ein, wenn der Thäter, bevor eine Anzeige gegen ihn erfolgt oder eine Untersuchung gegen ihn eingeleitet und bevor ein Rechtsnachteil für einen Anderen aus der falschen Aussage entstanden ist, diese bei derjenigen Behörde, bei welcher er sie abgegeben hat, widerruft.

§ 204. [**Herausforderung zum Zweikampf.**] Die Strafe der Herausforderung und der Annahme derselben, sowie die Strafe der Kartellträger fällt weg, wenn die Parteien den Zweikampf vor dessen Beginn freiwillig aufgegeben haben.

§ 310. [**Brandstiftung.**] Hat der Thäter den Brand, bevor derselbe entdeckt und ein weiterer als der durch die blosse Inbrandsetzung bewirkte Schaden entstanden war, wieder gelöscht, so tritt Straflosigkeit ein.

2. Entw. z. Nov. z. Str.-G.-B. f. d. D. R. v. 26. Febr. 1876.

ad D. Str.-G.-B. § 44. [Abs. 2. Einzuschieben:] . . wenn aber der Thäter seinerseits alle zur Begehung des Vb. erforderlichen Handlungen vorgenommen hat, und der zur Vollendung gehörige Erfolg nur infolge von Umständen, welche von dem Willen des Thäters unabhängig waren, nicht eingetreten ist (**beendigter Versuch**), [so tritt] Zuchthausstrafe nicht unter 10 Jahren ein.

Hier nahm man also das Moment der casuellen Verhinderung wieder mit in die Definition herein und es würden sich daraus für die schwurgerichtliche Behandlung bezüglich der Fragestellung die bekannten Consequenzen ergeben haben.

Ia. Norddeutscher Bund.

3. Entw. 1 (Juli 1869) zu einem Str. G.-B. f. d. Nordd. Bd.

§ 37. [**Versuch.**] Ein strafbarer Versuch liegt vor, wenn der Entschluss zur Verübung eines Vb. oder Vg. durch Handlungen, welche einen Anfang der Ausführung enthalten, an den Tag gelegt und die Vollendung nur durch äussere, von dem Willen des Thäters unabhängige Umstände gehindert oder unterblieben ist.

§ 141 (= § 163 D. Str.-G.-B.). § 177 (= § 204 D. Str.-G.-B.). [Ein dem § 310 D. Str.-G.-B. entsprechender § fehlt.]

4. Entw. II (1. Dez. 1869) § 44 (≅ § 46. D. Str.-G.-B.)

§ 160 (= § 163 D. St.-G.-B.). § 199 (= § 204 D. Str.-G.-B.). § 307 (= § 310 D. Str.-G.-B.)

5. Str.-G.-B. für den Nordd. Bund vom 31. Mai 1870.

§§ 46, 163, 204, 310 identisch mit D. Str. G.-B.

Die Staaten des Norddeutschen Bundes.
Particulargesetzgebungen.

Ib. Königreich Preussen.

6. Allg. Landrecht für die Preussischen Staaten. II. Teil. 20. Titel.

§ 43. [**Versuch.**] Wer aus eigener Bewegung von der Ausführung des Verbrechens absteht und dabei solche Anstalten trifft, dass die gesetzwidrige Wirkung gar nicht erfolgen kann; ingleichen der, welcher durch zeitige Entdeckung der Mitschuldigen und ihres Vorhabens die Ausführung dessen hintertreibt, kann auf Begnadigung Anspruch machen.

— — —

Ueber die Entwürfe s. *Goltdammer* Materialien.

Interessant namentlich ist der Standpunkt, von dem aus man den Versuchsbegriff formulierte:

[l. c. 251.] Man war der Ansicht, dass in der Auffassung des gemeinen Rechts und bei der Bearbeitung derselben durch practische Juristen das grosse [252] Missverständnis begangen worden sei, dass man bei allen Versuchshandlungnn das Innere des Menschen und den Willen selbst, wenn er sich noch nicht genügend geäussert, viel zu sehr zum Gegenstande der

Strafjustiz gemacht habe; dass es daher nötig sei, dieser Auffassung, auf welche das Kanonische Recht wesentlichen Einfluss geübt, durch eine neue praktische der französischen Gesetzgebung entnommene Auffassung entgegenzutreten . . . ;

Hervorzuheben ist ferner die Behandlung der thätigen Reue beim **Meineid.**

Als grundverkehrt kennzeichnen möchte ich die Behauptung der Rev. v. 1845, dass die Frage mit der Vollendung des Verbrechens nichts zu thun habe. [Goltd. Mat. II. 233.]

Entw. v. 1830 bestimmte völlige Straflosigkeit.

Die übrigen Entwürfe schrieben eine wesentlich geringere Strafe vor, „jedoch unter der Voraussetzung, dass durch den Widerruf zugleich die nachteiligen Folgen abgewendet worden."

„Im Vereinigten Ständischen Ausschusse wurde die Vorschrift gegen die dagegen von mehreren Seiten erhobenen Widersprüche von der Regierung aus praktischen Gründen verteidigt, insbesondere darauf aufmerksam gemacht, wie notwendig sie in den Fällen sei, wo es, wie bei eigenen Handlungen des Schwörenden, in der Regel nur ein Mittel des Beweises, nemlich den zugeschobenen oder auferlegten Eid gebe, wo also dieser Widerruf von um so grösserer Wichtigkeit sei. Deshalb und weil mit der gesetzlichen Nichtberücksichtigung des Widerrufes in den meisten Fällen auch der Anreiz zu diesem letzteren fortfalle, wurde die Vorschrift aufrecht erhalten."

„Sie ist gleichwohl jezt fortgelassen, weil, wie die Motive anführen, der letztere Zweck dadurch erfahrungsgemäss nicht erreicht, vielmehr dem Verbrecher nur Gelegenheit zu Ausflüchten und zur Verdeckung des Vb. gegeben werde [!!] (Ständ. Ausschuss III. 358—361. Mot. z. Entw. v 1850 S. 38.)" Goltd. Mat. I. 234.

7. Str.-G.-B. f. die Preussischen Staaten v. 14. Apr. 1851.

§ 31. [**Versuch.**] Der Versuch ist nur dann strafbar, wenn derselbe durch Handlungen, welche einen Anfang der Ausführung erhalten, an den Tag gelegt und durch äussere, von dem Willen des Thäters unabhängige Umstände gehindert worden oder ohne Erfolg geblieben ist.

§ 132. [**Fahrlässiger Eid.**]

[Abs. 2]. Die Strafe wird ausgeschlossen, wenn der Thäter, bevor eine Anzeige gegen ihn gemacht oder eine Untersuchung gegen ihn eingeleitet worden, und ehe noch ein Rechtsnachteil für einen Anderen daraus entstanden ist, seine unwahre Versicherung bei derjenigen Behörde, welcher er sie abgegeben hat, widerruft.

§ 167. [**Herausforderung.**] = § 204 D. Str.-G.-B. jedoch statt ‚freiwillig' „aus eigener Bewegung".

[Im Falle der thätigen Reue bei Brandstiftung hatte Preussen keine dem § 310 D. Str.-G.-B. entsprechende Bestimmung. Der Thäter musste also auch in diesem Falle ev. nach § 285 Pr. Str.-G.-B. mit zehnjähriger bis lebenslänglicher Zuchthausstrafe bestraft werden! Mildernde Umstände gab es nicht! Unglaublich — aber wahr!]

Ic. Königreich Sachsen.

8. Criminal-G.-B. v. 30. März 1838.

Anm. Das Kgl. Sächsische Criminalgesetzbuch vom 30. März 1838 wurde mit nur wenigen Veränderungen im
Grossherzogtume Sachsen-Weimar am 5. April 1839,
Herzogtum S.-Altenburg am 3. Mai 1841,
Herzogtum S.-Meiningen am 1. Aug. 1844,
Fürstentum Schwarzburg-Sondershausen am 10. Mai 1845
publiciert. Bis zuletzt (1. Jan. 1871) stand es in Kraft in S.-Altenburg. In den andern Staaten., auch im Kgr. Sachsen, war es längst ersetzt.

Art. 28. [**Versuch.**] Ein Verbrecher der von einem bereits begonnenen verbrecherischen Unternehmen, ohne durch äussere Umstände gehindert worden zu sein, freiwillig wieder absteht, ist höchstens mit einjähriger Arbeitshausstrafe zu belegen, insofern nicht dasjenige, was er zu der Ausführung des Vb. schon gethan hat, an und für sich eine verbrecherische Handlung in sich begreift und als solche eine grössere Strafe nach sich zieht.

Art. 178. [**Brandstiftung.**] Hat der Thäter das ausgebrochene Feuer auf der Stelle und ohne dass es weiteren Schaden verursacht hat, selbst wieder gelöscht, so ist in den Art. 171, 172 und 173 angegebenen Fällen auf Arbeitshausstrafe von sechs Monaten bis zu einem Jahre, in den Fällen Art. 174 und 175 auf Gefängnisstrafe von vier bis zu acht Wochen zu erkennen.

Art 188. [**Meineid.**] Wenn derjenige, welcher sich eines Meineides oder eines leichtsinnigen Eides schuldig gemacht hat, aus eigenem Antriebe und ehe noch ein Rechtsnachteil für einen Anderen daraus entstanden ist, seine unwahren Angaben widerruft, so ist bei dem Meineide auf Arbeitshausstrafe bis zu sechs Monaten, bei dem leichtsinnigen Eide auf Gefängnisstrafe bis zu sechs Wochen oder verhältnismässige Geldstrafe zu erkennen.

Art. 209. [**Herausforderung zum Zweikampf.**] . . . . Sind die Partheien aus eigener Bewegung von dem Kampfe vor dem Beginnen desselben abgestanden, so tritt sowohl für selbige,

als für die übrigen dabei concurrierenden Personen Straflosigkeit ein

9. Str.-G.-B. f. d. Kgr. Sachsen vom 13. Aug. 1855.

Art. 44. [**Nicht beendigter Versuch.**] Der nicht beendigte Versuch eines Vb. (Art. 40) ist straflos zu lassen, wenn der Verbrecher sein Vorhaben, ohne an der Ausführung desselben durch äussere Umstände gehindert worden zu sein, gänzlich wieder aufgegeben hat. Ist in dem, was der Verbrecher zur Ausführung des von ihm beabsichtigten Vb. gethan hat, eine an sich selbst strafbare That enthalten, so wird die Bestrafung der letzteren durch die Bestimmung dieses Artikels nicht ausgeschlossen.

Art. 42. [**Beendigter Versuch.**] Auch der beendigte Versuch ist nur wie ein nicht beendigter zu bestrafen,

1) wenn der Verbrecher durch seine eigene Thätigkeit den Erfolg, der ohne dieselbe eingetreten sein würde, noch abgewendet hat,

2) . . .

Art. 119. [**Hochverrat.**] Hat der Verbrecher die Ausführung der That, ohne durch äussere Umstände gehindert worden zu sein, gänzlich wieder aufgegeben, so kommt ihm sowohl bei der Vorbereitung des Hochverrats (Art. 118) als bei dem nicht beendigten Versuche desselben (Art. 117) die im Art. 44 zugesicherte Straflosigkeit zu statten.

(Abs. 2.) . . . . .

(Abs. 3.) Der beendigte Versuch ist unter den im Eingange dieses Artikels gemachten Voraussetzungen, so weit nicht nach Art. 59 und 64 [Rücktritt von der Teilnahme] Straflosigkeit eintritt, wie ein nicht beendigter zu betrachten.

Art. 213. [**Brandstiftung.**] Hat der Thäter das ausgebrochene Feuer auf der Stelle und ehe dass es einen erheblichen Schaden verursacht hat, selbst wieder gelöscht, so ist der Fall einem nach Art. 42 Nr. 1 zu beurteilenden Versuche gleich zu achten.

Art. 231. [**Meineid etc.**] Ist die wahrheitswidrige eidliche oder nicht eidliche Aussage von dem, der sie erstattet hat, aus eigenem Antriebe, und bevor noch ein Rechtsnachteil für einen Anderen daraus entstanden, widerrufen worden, so ist der Fall

einem nach Art. 42 Nr. 1 zu beurteilenden Versuche gleich zu achten.

Wurde die wahrheitswidrige Aussage jedoch bei einer Hauptverhandlung oder in einem Verhandlungstermine vor einem Strafgerichte erstattet, und noch vor dem Schlusse der Verhandlung widerrufen, so soll eine Strafe nicht eintreten.

Art. 249. [**Herausforderung**] Die Strafe der Herausforderung, so wie der Annahme derselben, fällt weg, wenn die Parteien den Zweikampf vor dessen Beginn aus eigener Bewegung oder auf Zureden wieder aufgeben.

Art. 296. [**Eigentumsverbrechen.**] Wenn bei den in diesem Kapitel aufgeführten Vb., mit Ausnahme des ausgezeichneten Diebstahls (278, 280) und der mit den Strafen desselben bedrohten Vb., der Thäter zu einer Zeit, wo er sich noch nicht für entdeckt hielt, durch Rückgabe oder Wiedererstattung vollständigen Ersatz leistet, so ist er mit Strafe gänzlich zu verschonen. Ist unter denselben Voraussetzungen, der Ersatz nur teilweise bewirkt worden, so ist bei Feststellung der Strafe nur auf den nicht ersetzten Betrag Rücksicht zu nehmen.

Bei dem im Art. 278 erwähnten ausgezeichneten Diebstahle und den mit den Strafen desselben bedrohten Vb. kann in den obigen Fällen die Strafe bis zu einem Drittteile der an sich verwirkten Strafe herabgesezt werden.

Anm.. Das Sächs. Str.-G.-B. enthält überall auch noch besondere Bestimmungen über die thätige Reue der **Teilnehmer**; nam. Art. 59, Art. 64, Art. 297. Jedoch gehört dies in die legislative Behandlung der Teilnahme, welcher das S. Str.-G.-B. (V. Kap. 23 lange Art. 50—72!!) keinen bloss accessorischen Charakter beilegt.

10. Rev. Str.-G.-B. . . v. 1. Oct. 1868.

In den fragl. §§ genau wie Str.-G.-B. 1855.

Id. Grossherzogtum Hessen.

11. Str.-G.-B. f. d. Grossherzogtum Hessen v. 17. Sept. 1841 [adoptiert in Frankfurt 8/16. Sept. 1856.]

Art. 69. [**Nicht beendigter Versuch.**] Der noch nicht beendigte Versuch, *als solcher*, ist straflos, wenn der Thäter nachweist [!], dass er nicht wegen physischen Unvermögens oder anderer zufälliger, von seinem Willen unabhängiger Umstände,

sondern freiwillig und aus Reue von dem Unternehmen, und zwar gänzlich abgestanden ist.

Art. 70. [**Qualificierter Versuch.**] Enthalten Versuchshandlungen selbst ein eigenes Vb., so tritt die hierdurch verwirkte Strafe ein, insofern nicht die Strafe des Versuches, als solchen, bedeutender sein sollte.

Kann jedoch wegen Reue (Art. 69) diese letztere Strafe nicht erkannt werden, so behält es bei der durch die Versuchshandlung, als eigenes Vb. betrachtet, verwirkten Strafe sein Bewenden.

NB.! Bez. der **Teilnehmer** Art. 72, Art. 79, Art. 86.

Art. 76. [**Complott**; Straflosigkeit.]

Art. 240. [**Meineid.**] Wenn der Meineidige, bevor bei der Obrigkeit eine Anzeige gegen ihn gemacht oder eine Untersuchung gegen ihn eingeleitet worden, und so lange durch den Meineid noch kein Schaden entstanden, oder wenn der vollständige Ersatz des gestifteten Schadens binnen einer von dem Richter anberaumten Frist erfolgt ist, den falschen Eid widerrufen hat, so tritt statt der in Art. 235 bestimmten Strafe Correctionshausstrafe bis zu einem Jahre ein.

(Art. 292 f. [**Herausforderung** nur gestraft, „wenn der Zweikampf wirklich vor sich gegangen ist.“])

Art. 376. [**Diebstahl.**] Wenn der Dieb, ehe eine beschuldigende Anzeige gegen ihn geschehen, oder eine amtliche Einschreitung stattgefunden hat, aus freiem Antriebe die entwendete Sache zurückgegeben oder die gänzliche Zufriedenstellung des Beschädigten bewirkt hat, so ist bei kleinen oder einfachen Diebstählen die verwirkte Strafe auf die Hälfte herabzusetzen.

Ist der Diebstahl ein ausgezeichneter gewesen, so gilt der völlige Ersatz oder die Zufriedenstellung nur als Minderungsgrund bei Zumessung der Strafe.

Art. 416. [**Brandstiftung.**] Der Brandstifter, welcher das eben ausgebrochene Feuer auf der Stelle, aus freier Entschliessung, wieder gelöscht hat, so dass ausser dem durch den blossen Ausbruch desselben bewirkten Schaden kein weiterer entstanden ist, soll zu Correctionshausstrafe bis zu einem Jahre verurteilt werden.

Art. 417. [**Brandstiftung**, die „bereits einigen weiteren Schaden gestiftet hat“] . . .“ Verminderung der bestimmten Strafe“ . . .

Ie. Grossherzogtum Mecklenburg-Schwerin.

12. Gemeines Recht, also nam. P.-G.-O. Art. 178.

13. Verordnung vom 4. Jan. 1839 (pp. Diebstahl.)

„Der **Versuch des Diebstahls** ist als solcher nur dann strafbar, wenn bereits mit der Vollführung der Anfang gemacht, und dieselbe nur durch Umstände verhindert worden ist, die ausser dem Willen des Thäters lagen“.

If. Grossherzogtum Sachsen-Weimar-Eisenach.

14. Crim.-G.-B. für d. Grossh. S.-W.-E. vom 5. April 1839. = Kgl. Sächsisches Criminalgesetzbuch v. 30. März 1838.

15. Str.-G.-B. f. d. Grossh. S.-W.-E. vom 20. März 1850. = s. g. Thüringisches Str.-G.-B.

Art. 23. [**Versuch.**] Handlungen, wodurch die Ausführung eines vorsätzlichen Verbrechens angefangen, aber das Verbrechen nicht vollendet worden ist, sind als Versuch desselben zu bestrafen:

1) wenn der Verbrecher durch äussere, nicht in seinem Willen ihren Grund habende Umstände an der Beendigung der angefangenen verbrecherischen Handlung verhindert wurde,
2) wenn der Verbrecher zwar von seiner Seite alles gethan, was zur Vollendung des beabsichtigten Verbrechens notwendig war, aber der zum Begriffe des vollendeten Verbrechens gehörige Erfolg durch äussere Umstände abgewendet worden ist;

. . . . . .
. . . . . .
. . . . . .

Art. 26. Wer von einer bereits angefangenen verbrecherischen **Unternehmung**, ohne durch äussere Umstände gehindert worden zu sein (Art. 23 Nr. 1), freiwillig wieder absteht, ist straflos, sofern nicht dasjenige, was er schon zur Ausführung des Verbrechens gethan hat, als ein besonderes Verbrechen strafbar ist.

Hat der Thäter dagegen alles gethan, was von seiner Seite zur Vollendung des beabsichtigten Verbrechens notwendig war (Art. 23 Nr. 2), und hat das Verbrechen dadurch freiwillig wieder aufgegeben, dass er selbst das Eintreten des zur Vollendung des Ver-

brechens gehörigen Erfolges abgewendet hat, so soll ihm dieses nur zur Minderung der Strafe des Verbrechens gereichen und er nach den im Art. 24 für den Fall des Art. 23 Nr. 4 [untaugliche Mittel] aufgestellten Regeln bestraft werden.

NB.! Art. 26 Abs. 2 steht in Widerspruch mit Art. 23 Abs. 2 und erklärt sich offenbar nur aus einer totalen Confusion des Gesetzgebers. Ein derartiger Versuch ist ja nach Art. 23 Abs. 2 gar nicht Versuch und doch soll er als Versuch strafbar sein? Sonderbar!

Art. 48. Innerhalb des gesetzlichen Strafmasses soll es einem Verbrecher zur Strafminderung gereichen, wenn sein Benehmen nach der That zeigt, dass keine Verdorbenheit des Willens vorhanden ist . . . ingleichen wenn er selbst die schädlichen Folgen des Verbrechens zu verhindern, oder schon verursachten Schaden zu ersetzen bemüht war, „oder wirklich ganz oder teilweise Ersatz geleistet hat, sei dieses auch erst nach eingeleiteter Untersuchung geschehen.

Art. 49. Wenn bei **Verbrechen gegen das Eigentum aus gewinnsüchtiger Absicht**, insbesondere bei Diebstahl, Veruntreuung und Betrug, der Verbrecher aus eigenem freien Antriebe und ehe ein Anfordern des Beschädigten, oder ein Einschreiten einer richterlichen oder Polizeibehörde gegen seine Person des Verbrechens wegen stattgefunden hat, dem Beschädigten vollständigen Ersatz durch Zurückgabe oder aus bereiten Mitteln leistet, soll derselbe mit Strafe verschont, und nur zur Abstattung der etwa erwachsenen Kosten angehalten werden. Dieses soll bei Veruntreuung und bei dem Betruge zur Eingehung von Verträgen auch dann gelten, wenn der Verbrecher zwar nicht aus freiem Antriebe, aber doch auf Anfordern des Beschädigten sogleich aus bereiten Mitteln vollständigen Ersatz leistet, bevor eine Behörde gegen ihn eingeschritten ist.

[Abs. 2. Bei ausgezeichneten „Diebstählen, Veruntreuungen und Betrügereien“ Herabsetzung der . . . Strafe . . . höchstens bis zu einem Dritteile.“ Diebstahl mit Gewaltthätigkeit Art. 225, 226 ist eximiert.]

[Abs. 3.] Bei mehreren Teilnehmern an dem Verbrechen wirkt der vollständige Ersatz nur zu Gunsten derjenigen, welche zu demselben beigetragen haben

NB.! Dessau und Köthen verwarfen die „Straflosigkeit“ und corrigierten „so ist der Richter ermächtigt, unter die gesetzliche Strafe herabzugehen“.

Dagegen nahmen sie die Beschränkung in Abs. 2 nicht auf.

Art. 144. [**Entführung** etc. behufs Missbrauch zur „Befriedigung des Geschlechtstriebes"].

Abs. 2. Giebt er freiwillig seine Absicht wieder auf und entlässt die Person unverletzt aus seiner Gewalt; so ist die Strafe auf dreimonatliches bis einjähriges Gefängnis zu ermässigen . . .

Art. 145. [**Entführung** eines Kindes unter 14 J. etc. desgl.] Abs. 2 analog Art. 144 Abs. 2.

Art. 167. [**Brandstiftung.**] Hat der Thäter auf der Stelle, oder doch, bevor weiterer Schaden verursacht war, selbst wieder gelöscht oder die Löschung durch andere veranlasst, so soll in den Fällen der Art. 161 und 162 auf Arbeitshausstrafe von 6 Monaten bis zu einem Jahre und in den Fällen der Art. 163 und 164 auf Gefängnisstrafe bis zu acht Wochen erkannt werden.

Art. 175. [**Meineid.**] Wer, nachdem er sich eines Meineides schuldig gemacht hat, aus eigenem Antriebe und ehe noch ein Rechtsnachteil für einen Andern daraus entstanden ist, seine unwahren Angaben widerruft, soll nur mit Arbeitshausstrafe bis zu sechs Monaten belegt werden.

Art. 177. [**Leichtsinniger Eid.**]

[Abs. 2.] Widerruft er die falsche Angabe binnen 24 Stunden, so wird er mit aller Strafe verschont; ein späterer Widerruf unter den Voraussetzungen des Art. 175, begründet Strafminderung, sodass nur auf Gefängnisstrafe bis zu sechs Wochen oder verhältnismässige Geldstrafe erkannt werden kann.

Art. 200. [**Herausforderung bez. Zweikampf.**] Geben die Parteien den Zweikampf, bevor er begonnen hat, aus eigenem Antriebe oder in Folge der Vermittelung der Secundanten oder anderer Personen wieder auf, so tritt für sie und alle sonst dabei Beteiligte Straflosigkeit ein.

[Abs. 2.] Wird die Vollziehung des Zweikampfes durch Dazwischentreten der Obrigkeit oder andere äussere Umstände verhindert, so soll die stattgehabte Herausforderung an beiden Parteien und ebenso eine nicht angenommene Herausforderung an dem Herausforderer mit Gefängnisstrafe und an den Secundanten und bestellten Zeugen mit Gefängnis bis zu vierzehn Tagen geahndet werden.

[Abs. 2.] fehlt in Dessau und Köthen.

1f. Grossherzogtum Mecklenburg-Strelitz.

16. Gem. R. also nam. P.-G.-O. Art. 178.

1g. Grossherzogtum Oldenburg.

17. I. Str.-G.-B. f. d. Herzoglich-Oldenburgischen Lande vom 10. Sept. 1814.

Art. 46. [**Versuch.**] = Art. 58 Bayr. Str.-G.-B. 1813.
Art. 231. [**Diebstahl.**] = Art. 226 Bayr. Str.-G.-B. 1813.
Art. 258. [**Brandstiftung** ! = Art. 253 Bayr. Str.-G.-B. 1813.
[geringe Abweichung in Abs. 3.]

18. II. Verordnung vom 28. Juni (5. Juli) 1845.

[**Meineid, gerichtliche Verleumdung, Eidesbruch**] § 13 Widerruf.

Wer vor begonnener Untersuchung die noch nicht eingetretenen nachteiligen Folgen seiner Handlung durch Widerruf bei der Behörde abzuwenden gesucht hat, soll, bei vorsätzlicher Übertretung, mit einer Freiheitsstrafe bis zur Hälfte der sonst angemessenen Dauer belegt, bei leichtsinniger aber mit Strafe verschont werden; Disciplinarahndung gegen Angestellte vorbehaltlich. [Abs. 2 . . .]

18. III. Str.-G.-B. f. . . . v. 3. Juli 1858 = Preussen.

1h. Herzogtum Braunschweig.

20. Crim. G.-B. f. d. . . . v. 10. Juli 1840.

§ 69. [**Versuch.**] Straffrei soll sein:

1) Der Thäter, welcher von der begonnenen Ausführung des Verbrechens aus freiem Antriebe völlig absteht, insofern nicht die bereits unternommene Handlung an sich strafbar ist.
2) der Anstifter, vertragsmässige Teilnehmer oder Gehülfe, welcher von dem verbrecherischen Vorhaben zurücktritt (§ 51), wenn die Ausführung desselben unterblieben ist;
3) der Mitschuldige, der zu einer Zeit, wo noch der Vollführung des Verbrechens vorgebeugt werden konnte, von diesem und seinen Genossen der Obrigkeit, bevor sie eingeschritten, Anzeige macht.

Vgl. § 66. Die Strafe wird gemindert:

. . . . .

6) [a—f; w. s.! nam.]

b. wenn er die schädlichen Folgen des Verbrechens zu verhindern sucht.

c. wenn er den verursachten Schaden zu vergüten freiwillig bemüht ist.

. . . . .

§ 121. [**Herausforderung zum Zweikampfe**] . . . Sind die Parteien freiwillig von dem Kampfe vor dessen Beginnen abgestanden, so findet keine Strafe statt.

§ 142. [**Falsche eidliche Angabe.**] Wer eine in eigener Sache oder zum Nachteile eines Angeschuldigten gemachte falsche eidliche Angabe nach Vollendung des Verbrechens freiwillig widerruft und zwar sofort, d. h. bevor er die Stätte verlassen hat, an welcher durch gesprochene Worte die Vollendung erfolgt ist, oder innerhalb 24 Stunden, nachdem die Schrift, in deren Übergabe die Vollendung liegt, der Behörde übergeben ist, wird straffrei.

§ 208. [**Brandstiftung.**] Hat der Thäter das ausgebrochene Feuer gleich selbst gelöscht, so dass, ausser dem durch den Ausbruch des Feuers selbst und unmittelbar entstandenen, ein weiterer Schaden nicht verursacht worden, so ist auf Gefängnis bis von Einem Jahre zu erkennen.

§ 243. Wer der einfachen **Vermögensbeschädigung, des Diebstahls, der Unterschlagung, des Betruges** oder der **widerrechtlichen Benutzung fremder Sachen** sich schuldig macht und, bevor die Obrigkeit eingeschritten ist, dem Beschädigten aus freiem Antriebe Ersatz aus bereiten Mitteln sogleich gewährt, soll

1) wenn das Verbrechen zu denjenigen gehört, bei welchen das Gesetz allein nach dem Werte des Gegenstandes des Verbrechens die Strafe bestimmt hat, bei vollständigem Ersatze ganz straffrei sein, bei teilweisem Ersatze aber nur nach Massgabe des Wertes des nicht Ersetzten bestraft, und hiebei seine thätige Reue als Minderungsgrund berücksichtigt werden;

2) wenn das Verbrechen zu den unter Nr. 1 erwähnten nicht gehört, ist der vollständige oder teilweise Ersatz nur ein erheblicher Minderungsgrund.

Der Verbrauch unterschlagener Gelder oder anderer vertretbarer Sachen soll auch dann straflos sein, wenn solche vor dem Einschreiten der Obrigkeit zwar nicht aus freiem Antriebe, aber doch auf Anfordern des Berechtigten, aus bereiten Mitteln sogleich ersetzt werden.

Ii. Herzogtum Sachsen-Meiningen.

21. Str.-G.-B f. . . v. 21. Juni 1850 = Thür. Str.-G.-B. (S.-Weimar.)

Ik. Herzogtum Sachsen-Altenburg.

22. Crim.-G.-B. f. . . vom 31. Mai 1841 = Kgl. Sächs Crim.-G.-B. 1838.

Il. Herzogtum Sachsen-Coburg-Gotha.

a) Coburg:

23. Str.-G.-B. . . . vom 19. Nov. 1850. = Thür. Str.-G.-B. (S.-Weimar.)

b) Gotha:

24. Str.-G.-B. v. 23. Dec. 1850 = Thür. Str.-G.-B. (S.-Weimar)

Im. Herzogtum Anhalt.

a) Dessau mit Köthen:

25. Str.-G.-B. . . vom 28. Mai 1850 = Thür. St.-G.-B. (S.-Weimar.)

b) Bernburg:

26. Str.-G.-B. vom 1. Juli 1864. = Thür. Str.-G.-B. s. Anm. zu Art. 49 (S.-Weimar).

In. Fürstentum Schwarzburg-Rudolstadt.

37. Str.-G.-B. f. . . vom 26. April 1850. = Thür. Str.-G.-B. (S.-Weimar.)

Io. Fürstentum Schwarzburg-Sondershausen.

28. Str.-G.-B. f. . . . vom 26. März 1850. = Thür. Str.-G.-B. (S.-Weimar.)

I p. Fürstentum Waldeck.

29. Str.-G.-B. . . . f. v. 15. Mai 1855 = Preuss. St.-G.-B.

Waldeck § 31 [**Versuch**] = Preussen § 31.

§ 127 Abs. 2 [**Fahrl. Eid**] = Preussen § 132 Abs. 2.

§ 156 [**Herausforderung**] = Preussen § 167.

(Von Waldeck 265 [Brandstiftung] gilt das Gleiche wie das zu Preussen 285 Bemerkte!)

I q. Fürstentum Reuss ä. L.

30. Str.-G.-B. f. . . . v. 5. Sept. 1868 = Thür. St.-G.-B. (S.-Weimar).

I r. Fürstentum Reuss j. L.

31. Str.-G.-B. f. . . v. 14. April 1852 = Thür. St.-G.-B. (S.-Weimar).

I s. Fürstentum Schaumburg-Lippe.

32. Gem. R., also nam. P.-G.-O. Art. 178.

I t. Fürstentum Lippe.

33. Crim.-G.-B. f. . . v. 18. Juli 1843 = Braunschweig.

I u. Freie und Hansestadt Lübeck.

34. Str.-G.-B. . . v. 20. Juli 1863.

§ 31. [**Versuch.**] Der Versuch ist nur dann strafbar, wenn derselbe durch eine Handlung, welche den Anfang der Ausführung des Verbrechens enthält, an den Tag gelegt und nur durch äussere von dem Willen des Thäters unabhängige Umstände entweder die Ausführung gehindert worden, oder der Versuch ohne Erfolg geblieben ist.

I v. Freie und Hansestadt Bremen.

35. Gem. R., also nam. P.-G.-O. Art. 178.

36. Entwurf v. 1869.

§ 69. [**Versuch.**] Der Versuch als solcher bleibt in allen Fällen straflos, wenn der Thäter von der Vollführung der beabsichtigten That freiwillig und gänzlich abgestanden ist.

Iw. Freie und Hansestadt Hamburg.

37. Crim.-G.-B. . . v. 30. April 1869.

Art. 36. [**Versuch.**] Wenn der Thäter von der angefangenen Ausführung des Verbrechens aus freiem Antriebe völlig absteht, so bleibt der Versuch straffrei.

Ist jedoch das Geschehene an sich schon mit Strafe bedroht, so kommt diese zur Anwendung.

Art. 52 [„Zurücktretende Mitschuldige"].

Art. 57 [„Minderungsgründe" — Thätige Reue s. No. 5].

Art. 101 [„**Herausforderung**"] . . . Standen die Parteien freiwillig vom Kampfe vor dessen Anfang ab, so findet keine Strafe statt.

Art. 113 [„**Leichtsinniger Eid**]. . . Die Strafe wird ausgeschlossen, wenn der Thäter, bevor eine Anzeige gegen ihn gemacht oder eine Untersuchung gegen ihn eingeleitet worden, und ehe noch ein Rechtsnachteil für einen andern daraus entstanden ist, seine unwahre Angabe bei derjenigen Behörde, vor welcher er sie gemacht hat, widerruft.

Art. 171. [„Ehrenerklärung und Wiederruf"]. In Fällen minder erheblicher **Beleidigungen** und **Verläumdungen** ist der Richter bei sofortigem Erbieten des Beleidigers zu einer öffentlichen Ehrenerklärung oder zum Wiederruf (vor Gericht oder in einem öffentlichen Blatte) berechtigt, von einer Bestrafung des Beleidigers abzustehen.

. . . .

Art. 177. [**Brandstiftung.** — „Thätige Reue".] Hat der Thäter das von ihm angelegte Feuer gleich selbst gelöscht, so dass kein irgend erheblicher Schaden dadurch entstanden ist, so kann statt auf Zuchthaus auf Gefängnis, und selbst bis unter sechs Monate erkannt werden.

Art. 194. [„Thätige Reue bei **Beschädigungen**, **Diebstahl** **Unterschlagung** und **Betrug.**"]

Wenn derjenige, der sich einer einfachen Vermögensbeschädigung, eines Diebstahls, einer Unterschlagung oder eines Betruges schuldig gemacht hat, vor dem Einschreiten der Behörde dem Beschädigten durch Rückgabe oder Wertherstattung Ersatz leistet, so soll die Strafe um so geringer bemessen werden, und der Richter

namentlich dann, wenn der Ersatz aus freiem Antriebe erfolgte, befugt sein, eine der Art und dem Masse nach geringere Strafe, als die sonst gesetzlich verwirkte, zu erkennen.

Die zum ehemal. Deutschen Bunde gehörigen, 1866 von Preussen einverleibten Staaten.

Deutsche Particulargesetzgebungen.

IX. Königreich Hannover.

38. Crim.-G.-B. f. d. . . v. 8. Aug. 1840.

Art. 34. [**Versuch.**] Die auf Ausführung eines Verbrechens gerichteten Handlungen bleiben straflos.

. . . .

3) wenn zwar ein nicht beendigter Versuch bereits vorhanden ist, jedoch der Handelnde, ohne dazu durch ein äusseres Hindernis, oder durch Zufall genötigt zu sein, aus freiem Antriebe von der beabsichtigten That völlig abgestanden ist.

Sollte aber die Versuchshandlung schon an sich irgend eine andere Übertretung enthalten, so tritt die dadurch verwirkte Strafe ein.

(Art. 174 ff. [**Herausforderung** kein delictum sui generis.])

Art. 187. [**Brandstiftung.**] I. Wer nach gelegtem Brande den Ausbruch des Feuers aus eigenem Antriebe verhindert, ist von Strafe frei, jedoch vorbehaltlich polizeilicher Massregeln.

II. Wer das eben ausgebrochene Feuer auf der Stelle wieder gelöscht, und sonach ausser dem durch den blossen Ausbruch des Feuers bewirkten, allen weiteren Schaden verhütet hat, der soll in den Fällen der Art. 182, 183 und 184 nur mit Arbeitshaus, im Falle des Art. 185 aber mit Gefängnis gestraft werden.

III. Ist das Feuer erst nach dem Ausbruche und nachdem es bereits einigen weiteren Schaden gestiftet hat, jedoch vor dessen fernerer Verbreitung und ohne dass dabei ein Mensch schwer verletzt wurde, von dem Brandstifter selbst, oder durch seine Veranstaltung aus eigenem An-

triebe [!] gelöscht worden; so [resp. Zuchthaus; resp. Arbeitshaus; resp. Gefängnis].

Art. 212. [**Meineid.**] Wenn der Meineidige aus eigenem Antriebe und bevor noch ein erheblicher Nachteil daraus für einen Andern entstanden ist, den falschen Eid widerrufen hat, so tritt . . . Arbeitshaus . . . [resp.] Zuchthaus ein.

Art. 263. [**Verleumdung.**] Wer Jemanden in der Hitze des Affects oder aus Unbesonnenheit, jedoch weder bei einer öffentlichen Behörde, noch vor einer versammelten Menschenmenge verleumdet hat, diese Verleumdung aber, noch ehe sie ins Publikum oder zur Untersuchung gekommen ist, freiwillig und ernstlich widerruft, soll mit Strafe verschont, kann jedoch auf Verlangen des Beleidigten von dem zuständigen Civilgerichte angehalten werden, den Widerruf auch vor Gericht zu erklären.

Art. 299. [**Diebstahl.**] [Freiwilliger Schadenersatz wirkt erheblich mildernd].

I y. Kurfürstentum Hessen.

39. Gemeines Recht, also nam. P.-G.-O. Art. 178.

I z. Herzogtümer Holstein und Lauenburg.

40. Gemeines Recht, also namentlich P.-G.-O. Art. 178.

I aa. Das Herzogtum Nassau.

41. Str.-G.-B. f. . . v. 14. April 1849.

Art. 65. [**Versuch.**] Der noch nicht beendigte Versuch, als solcher, ist straflos, wenn der Thäter nicht wegen physischen Unvermögens oder anderer zufälliger, von seinem Willen unabhängiger Umstände, sondern freiwillig und aus Reue von dem Unternehmen, und zwar gänzlich abgestanden ist.

[Also fast = Hessen Art. 69, nur dass das abscheuliche „nachweist [!!], dass er“ mit Recht fortgelassen worden ist.]

Art. 66. [**Qualificierter Versuch.**] = Hessen Art. 70.

Art. 68. [**Anstifter.**] = Hessen Art. 72; Art. 72 [**Complott**] = Hessen Art. 76; Art. 75 = 79; 83 = 86.

Art. 233. [**Meineid.**] = Hessen 240.

(Art. 285. [**Herausforderung.**] = Hessen 292; s. dazu.)

Art. 369. [**Diebstahl.**] = 376.

Art. 410. [**Brandstiftung.**] = 416.

Art. 411 [desgl.] = **Hessen** 417; [jedoch viel mildere Strafe als letzteres].

Ibb. Freie Stadt Frankfurt a. M.

42. Führte am 16. Sept. 1856 das Grossh. Hessische St.-G.-B. vom 17. Sept. 1841 ein; w. s.!

Die süddeutschen Staaten.

Icc. Königreich Bayern.

43. 1) Codex juris Bavarici criminalis de Anno 1751.

NB. Über die Bestrafung des **Versuches** ist nichts Allgemeines verfügt.

T. I. C. 8 § 8. [**Brandstiftung.**]

(p. 40) „es seye dann, dass er selbst aus Reu die Brunst in Zeiten wiederum abgewendet, und allen Schaden dadurch verhütet hat, welchen Falls nur Poena arbitraria Platz greifft.“

cf. dazu

Anmerkungen ü. d. C.J.B.Cr. . . Von einem unbenannten Authore. [Baron von Kreittmayr († 1790)] München . . 1752. ad. c. 8 § 8 s. l. c. p. 70.

i. (Er selbst aus Reu) wird nun die Brunst nicht von ihm selbst, sondern von anderen oder aber von ihm, jedoch nicht in Zeiten abgewendet, so entgehet er weder ein noch andern Falls der Tods-Straff. [3 Citt.]

44. Allgemeines Str.-G.-B. f. d. Kgr. Bayern v. 16. Mai 1813.

Art. 58. Der **Versuch** ist von aller Strafe frei, wenn der Handelnde an der Vollbringung nicht durch äussere Hindernisse, durch Unvermögenheit oder Zufall verhindert wurde, sondern freiwillig, aus Gewissensregung, Mitleid oder aus Furcht vor Strafe von dem Unternehmen abgestanden ist; welches Letztere jedoch nicht vermutet wird.*) Die hervorgehobenen Worte wurden vielfach auf das Heftigste angefochten.

*) Durch Art. 8 Abs. 2 G. vom 29. Aug. 1848 wurden diese Worte gestrichen.

Wer zwar die Vollbringung freiwillig, jedoch in dem Vorsatze aufgegeben hat, zu anderer Zeit, an anderem Orte, an einer anderen Person, oder auf andere Art die Übertretung auszuführen, ist ebenso zu strafen, als wenn er wider Willen an der Vollbringung wäre verhindert worden.

Art. 226. [**Diebstahl.**] Der Ersatz oder die Zurückgabe des gestohlenen Guts wirken, ausser in den nachfolgenden Fällen, keine Milderung der ordentlichen Strafe.

Wenn der Dieb selbst, ehe er in Untersuchung gezogen worden, freiwillig und ohne rechtswidrigen Nachteil eines Dritten Zurückgabe oder Ersatz bewirkt hat, so soll ihm dieses bei einfachen und bei beschwerten Diebstählen erster und zweiter Klasse insoweit, doch nicht weiter zu statten kommen, dass die wiedererstattete Summe in die Art. 215 und 220 besimmte verhältnismässige Erhöhung der ordentlichen Strafdauer nicht eingerechnet wird. [Aufgehoben d. G. vom 25. März 1816, s. u.]

Art. 253. [**Brandstiftung.**] Wer nach gelegtem Brande, durch Reue bewogen, vor Ausbruch des Feuers die Brandmaterialien wieder hinweggenommen oder getilgt hat, unterliegt zwar keiner peinlichen Strafe, jedoch vorbehaltlich polizeilicher Strafe und Aufsicht.

Ist das Feuer nach geschehenem Ausbruche von dem Brandstifter selbst, oder durch seine Veranstaltung sogleich wieder gedämpft und dadurch aller Schaden verhütet worden, dann soll derselbe bei Brandlegungen des vierten und dritten Grades zu ein- bis sechsmonatlichem Gefängnisse; bei Brandlegungen des zweiten und ersten Grades auf ein bis drei Jahre in das Arbeitshaus verurteilt werden.

Wenn er durch seine thätig bewiesene Reue nur die weitere Ausbreitung des Feuers, jedoch nicht allen Schaden abgewendet hat, so kommt ihm dieses weiter nicht zu statten, als dass er in den Fällen des Art. 248 (den ersten ausgenommen) mit Kettenstrafe, bei Brandlegungen des zweiten Grades hingegen höchstens mit Zuchthaus auf unbestimmte Zeit belegt wird.

Art. 255. [In Betreff der **Anlegung von Pulverminen,** die als solche unter Strafe gestellt ist, wird ausdrücklich auf die Möglichkeit straflosen Versuchs nach Art. 58 hingewiesen.]

Wie weitherzig der Art. 58 Höheren Orts ausgelegt, wie in ihm ein weit über den formellen Versuch hinausgehendes Princip gefunden wurde, geht aus folgendem hochinteressanten, s. Z. sogar im Ausland (Oersted) vielbesprochenen Rescript hervor. (S. dass. in *v. Gönner* und *v. Schmidtlein* Jahrbücher, I. 300—301.). (Dasselbe, jedenfalls auf Herrn *v. Gönner* zurückzuführen, betrifft die Möglichkeit eines Rücktritts vom **Meineid.**)

44a. Maximilian Joseph v. G.G. König von Baiern.

Aus dem im Bericht vom 13. präsentirt 20. M. d. J. eingesendeten Untersuchungsakten wider Michael H. Söldner zu N. wegen Meineides, und dem hierüber von Unserm Ober-Appellations-Gerichte erstatteten rechtlichen

Gutachten, haben Wir Uns überzeugt, dass dieser H. bei seiner ersten eidlichen Vernehmung vom 17. Sept. v. J. zwar durch die unrichtige Angabe, er sey z. Z. des Vorfalles, worüber derselbe Zeugschaft ablegen sollte, nicht zu Haus gewesen, sich dieser zu entziehen gesucht, aber bei der am 25. Sept. v. J. erfolgten weiteren eidlichen Vernehmung unter ausdrücklicher Beziehung auf seinen vormals abgelegten Zeugeneid sogleich freiwillig und ohne Rückhalt jene Angabe zurückgenommen und ein vollständiges Zeugnis über den ganzen Vorfall nach seinem besten Wissen und Gewissen abgelegt hat. Da diese unter ausdrücklicher Beziehung auf den geleisteten Zeugeneid geschehene weitere und eidliche Vernehmung als eine Fortsetzung des vorigen Zeugenverhörs betrachtet werden muss, so kann nach Unserm Erachten von einem falschen Zeugnisse gar keyne Rede seyn, besonders wenn man die Vorschriften des St.-G.-B. Th. II Art. 214 § 3 und Art. 216 genau erwägt. Wir finden uns aus diesen Gründen bewogen, dem Michael H. nicht nur alle Strafe zu erlassen, sondern auch denselben hinsichtlich aller Wirkungen in den vorigen Stand gänzlich und dergestalt zurückzuversetzen, als ob gegen ihn niemals eine Strafe erkannt oder vollzogen worden wäre. Gedachter H. ist demnach sogleich aus dem Strafarbeitshause zu entlassen, und diese Entschliessung, damit die an ihm vollzogene öffentliche Ausstellung soviel möglich unschädlich gemacht werde, vom Untersuchungsgerichte sämtlichen Gemeindegliedern von N, dann den Ortsvorstehern des Landgerichts N. zu eröffnen.

München, den 12. April 1815.

45. Verordnung vom 25. März 1816 (pp. den Diebstahl.)

Art. XI. 2) Von der thätigen Reue.

Wenn der Dieb, ehe er in Untersuchung gezogen wurde, ohne rechtswidrigen Nachteil eines Dritten die Zurückgabe oder den vollen Ersatz des entwendeten Gutes, oder die gänzliche Zufriedenstellung des Beschädigten bewirkt hat, so findet dieses Diebstahls wegen keine Untersuchung und Bestrafung statt. Wurde hingegen der Ersatz nur zum Teil geleistet, oder der Bestohlene nur zum Teil zufrieden gestellt, so wird die Strafbarkeit insoweit aufgehoben, als sie von der Summe des Entwendeten, Art. I., III., IX., abhängt, ausserdem ist der unvollständige Ersatz als Milderungsgrund bei Zumessung der Strafe zu berücksichtigen.

46. Entwurf des Strafgesetzbuchs. München 1822.

I. Teil. 1. Abschn., 5. Kap. „Von Erlöschung der Strafbarkeit.“ Insbesondere 1) durch thätige Reue 96—100.

Art. 96: Der Versuch wird straflos, wenn die Vollendung des bezielten Vb. nicht durch Zufall, Unvermögenheit oder äussere

Hindernisse unterblieben, sondern der Thäter von dem Unternehmen freiwillig, es sey aus Gewissensregung, Mitleid oder Furcht vor Strafe abgestanden ist.

Art. 97: Eben dieses kommt zur Anwendung, wenn derjenige, welcher einem Andern zur Begehung eines Vb. Befehl oder Auftrag erteilt, oder dafür einen Lohn gegeben oder versprochen hat den erteilten Befehl oder Auftrag früher noch, als das Vb. vollbracht werden konnte, oder vollbracht wurde, ausdrücklich zurückgenommen hat.

Art. 98. Wer bei Vb., zu deren Vollendung das Gesetz, einen bestimmten Erfolg nicht erfordert, die zur Vollendung hinreichende Handlung vollbracht, diese aber freiwillig aus eigenem Antriebe und früher noch, als der dadurch bezielte Erfolg eintreten konnte, und als er darüber bei einer Obrigkeit auf irgend eine Art zur Rede gestellt wurde, ganz zurückgenommen oder sonst auf unzweideutige Weise an den Tag gelegt hat, dass er verbrecherische Absicht ganz aufgegeben habe, der soll, wenn aus der verbrecherischen Handlung noch kein Schaden entstanden ist nach Artikel 96 beurteilt werden: vorbehaltlich dessen, was über den Hochverrat im Artikel 112 verordnet ist.

Art. 99. Bei andern Vb. hebt der geleistete Ersatz des dadurch verursachten Schadens die Strafbarkeit nur in den vom Gesetze ausdrücklich bestimmten Fällen auf.

Art. 100. Handlungen, worauf Todes-, Ketten- oder Zuchthaus-Strafe gesezt ist, haben im Falle der Straflosigkeit wegen thätiger Reue (Art. 96—99) die Stellung unter besondere Polizeiaufsicht zur Folge.

Art. 112. [**Hochverrat.**] Wer in eine hochverräterische Verbindung verwickelt, vor deren wirklichem Ausbruche und ehe die Staatsgewalt davon auf anderem Wege Nachricht erhalten hat, sich und seine Mitschuldigen der Obrigkeit anzeigt, ist straffrei; kann jedoch nach Umständen unter Polizeiaufsicht auf bestimmte Zeit gestellt werden.

Art. 196. [**Brandstiftung.**] Wer nach gelegtem Brande den Ausbruch des Feuers verhindert, oder das eben ausgebrochene Feuer auf der Stelle, ohne dass daraus ein Schaden entstanden ist, wieder gelöscht hat; ist von diesen Strafen frei, soll aber unter besondere Polizeiaufsicht gestellt werden.

Art. 197 [desgl. — Verhinderung weiterer Ausbreitung bewirkt Strafmilderung.]

Art. 302. [**Diebstahl.**] Wenn der Dieb, ehe derselbe über die Entwendung auf irgend eine Art von der Obrigkeit oder vom Gerichte zur Rede gestellt wurde, ohne rechtswidrigen Nachteil eines Dritten die Zurückgabe oder den vollen Ersatz des Entwendeten oder die gänzliche Zufriedenstellung des Beschädigten bewirkt hat; so findet dieses Diebstahls wegen Untersuchung und Bestrafung nicht statt.

Ist der Ersatz oder die Zufriedenstellung des Beschädigten nur zum Teil geschehen, so wird die Strafbarkeit nicht aufgehoben, jedoch der einfache Diebstahl, wenn dasjenige, was am Entwendeten nicht ersetzt worden, die im Artikel 299 bestimmte Summe [5· fl.] nicht übersteigt, nur als Übertretung bestraft.

47. Str.-G.-B. v. 10. Nov. 1861.

Art. 47. [**Versuch.**] Der Versuch eines Vb. ist vorhanden, wenn jemand in der Absicht, ein Vb. zu verüben, eine Handlung vorgenommen hat, welche schon den Anfang der Ausführung des Verbrechens enthält, und die Vollendung des letzteren nur wegen äusserer vom Willen des Thäters unabhängiger Umstände unterblieben ist.

Art. 74.* Hat derjenige, welcher durch eine strafbare Handlung einem Anderen einen Vermögensnachteil zufügte, den ganzen aus seiner Handlung entspringenden Schaden durch Zurückgabe, Ersatz, Verzicht auf die durch die Handlung erworbenen Rechte oder in ähnlicher Weise wieder gut gemacht, bevor er wegen der Handlung ergriffen, verfolgt oder bedrängt oder von Seite der Obrigkeit oder ihrer Diener zur Rede gestellt wurde, so sind die Gerichte befugt, die angedrohte Strafe vorbehaltlich dessen, was in den Art. 17, 20 und 26 bestimmt ist, bis zur Hälfte des niedrigsten Masses herabzusetzen.

. . . . . .

. . . . . .

* [Dieser weitreichende Art., unter den sich auch Parteieid etc. subsummieren liess, wurde erst im Gesetzgebungsausschuss aufgenommen. Freilich gewährte er nicht Straflosigkeit (wie Entw. 1822)!]

Art. 166. **[Herausforderung zum Zweikampf.]** Ist der verabredete Zweikampf vor seinem Beginn freiwillig aufgegeben worden, so sind die Parteien straflos.

Art. 196. **[Meineid und falsches Zeugnis.]** Nimmt derjenige, welcher als Zeuge oder als Sachverständiger in einer Strafsache zu Gunsten oder zum Nachteile des Angeschuldigten eine unwahre eidliche Angabe gemacht hat, dieselbe zurück, bevor noch ein Wahrspruch oder ein Endurteil darauf erfolgt ist, so ist er straflos, es sei denn, dass er zur Zeit der Zurücknahme bereits wegen Meineids verhaftet oder in Untersuchung gezogen oder die Einleitung einer Untersuchung gegen ihn bereits angeordnet war.

Art. 197. **[Falsches Handgelöbnis.** — Art. 196 anwendbar.]

Art. 200. **[Falsches unbeschworenes Zeugnis** — desgl.]

Art. 351. **[Brandstiftung.]** Wenn der Brandstifter das ausgebrochene Feuer sogleich wieder gelöscht hat, so dass ein weiterer Schaden nicht entstanden ist, so soll auf Gefängnis bis zu einem Jahre erkannt werden.

Art. 352. **[Fahrlässige Veranlassung eines Brandes.]**

[Abs. 2.] Wurde das ausgebrochene Feuer sogleich wieder gelöscht, so dass ein weiterer Schaden nicht entstanden ist, so unterbleibt die Bestrafung.

I dd. Königreich Württemberg.

48. Str.-G.-B.- f. d. Kgr. Württemberg v. 1. März 1839.

Art. 73. **[Versuch.]** Der Versuch ist straflos, wenn der Thäter an Vollführung der That nicht durch zufällige, von seinem Willen unabhängige Umstände gehindert worden, sondern freiwillig, sei es aus Gewissensregung, Mitleid, oder Furcht vor Strafe, von dem Unternehmen abgestanden ist.

Ist ein Vb. ausnahmsweise schon in seinen Vorbereitungshandlungen mit Strafe bedroht (Art. 63), so kommt hinsichtlich solcher Handlungen vorstehende Bestimmung gleichfalls zur Anwendung.

Enthält der Versuch oder die Vorbereitungshandlung ein für sich bestehendes Vb., so trifft den Thäter die hierdurch verwirkte Strafe.

Art. 77. [**Anstifter**]

Art. 81, Abs. 2. [**Complott.**]

Art. 88. [**Gehülfe.**]

Art. 201. [**Herausforderung** wird nur bestraft, „wenn der Zweikampf wirklich vor sich gegangen ist".]

Art. 230. [**Meineid**] Das Vb. ist mit der Eidesleistung vollendet, wenn diese der falschen Aussage nachgefolgt ist.

[Abs. 2.] Wäre sie derselben vorausgegangen, so soll der Meineid erst mit dem Abschlusse der Verhandlung, worin die Aussage geschehen, als vollendet angesehen werden. Wer demnach, ehe die Verhandlung geschlossen ist, seine falsche Aussage zurücknimmt, bleibt (gemäss dem Art. 73 Abs. 1) von Strafe frei.

Art. 342. [**Diebstahl.**] [Herabsetzung „bei einfachen Diebstählen im Falle vollständiger Entschädigung des Bestohlenen", auf $^1/_2$, „bei teilweise geleistetem Ersatze" „in entsprechendem Verhältnisse"; „bei einem ausgezeichneten Diebstahle" und vollständigem Ersatz höchstens um $^1/_3$.]

Art. 383. [**Brandstiftung.**] Wenn das angelegte Feuer zwar ausgebrochen war, jedoch der Thäter dasselbe auf der Stelle wieder gelöscht hat, so dass ausser dem durch den Ausbruch des Feuers selbst verursachten Schaden kein weiterer entstanden ist, so hat der Richter auf Kreisgefängnis, nicht unter drei Monaten, zu erkennen.

Ist das angelegte Feuer durch den Thäter gelöscht worden, ehe es zum Ausbruche gekommen, so finden die Bestimmungen (des Art. 73) Anwendung.

49. Gesetz vom 13. Aug. 1849.

Art. 10. [**Versuch.**] Die gesetzliche Strafdrohung begreift auch vorbehaltlich der im Gesetze bestimmten Ausnahmen, die Strafe des Versuchs, sofern die Ausführung des beabsichtigten Vb. angefangen und nur durch zufällige oder von dem Willen des Thäters unabhängige Umstände aufgehalten worden ist, oder die Wirkung verfehlt hat.

. . . .

Art. 14. [**Teilnahme.**]

Iee Grossherzogtum Baden.

50. St.-G.-B. f. d. — v. 6. März 1845.

§ 117. (Freiwilliges Aufgeben des versuchten Vb.) Hat der Thäter nach einem **nicht beendigten Versuche** das Vb. freiwillig wieder aufgegeben, so sind die Versuchshandlungen als solche straflos. Enthalten sie jedoch selbst ein eigenes Vb., so tritt die hierdurch verschuldete Strafe ein.

§ 118. (Abwendung des Erfolges durch den Thäter.) Hat der Thäter nach **beendigtem Versuche** das Eintreten des strafbaren Erfolges selbst abgewendet und das Vb. freiwillig wieder aufgegeben, so gilt dies als Strafmilderungsgrund.

§ 123. (Straflosigkeit des **Anstifters.**)

§ 124. (Strafmilderung für den Anstifter.)

§ 128. Abs. 2. [**Teilnehmer** einer verbrecherischen Verbindung.]

§ 130 und 131 (desgl.)

§ 141. (**Gehülfe.**)

(arg. § 328: **Herausforderung** als solche nicht strafbar.)

§ 395. (Wirkung der Wiedererstattung des **Entwendeten.**) [Herabsetzung der Strafe auf ein Drittel.]

§ 495. (Wirkung des Widerrufs 1. der Partei [beim **Meineid.** Strafmilderungsgrund.]

§ 496. (2 der Zeugen oder Sachverständigen) [desgl.]

Anm. Jedoch gilt nach § 493, 494 das Vb. erst mit Unterschreibung oder Bestätigung des Protokolles, resp. dem Schlusse der Sitzung resp. nochmaliger Bestätigung resp. der schriftlichen Uebergabe als vollendet.

§ 561. (Reue als Strafmilderungsgrund.) [**Brandstiftung.**] Hat jedoch der Brandstifter das Feuer aus freiem Antriebe selbst wieder gelöscht, so tritt, insofern der entstandene Schade nur unbedeutend ist, blos Kreisgefängnisstrafe gegen ihn ein.

Iff Grossherzogtum Hessen für die südlich des Mains gelegenen Gebietsteile, s. o.!

49. Die österreichisch-ungarische Monarchie.

Österreich.

51. Const. Crim. Theresiana (1768).

Art. XIII. § 2. **Versuch**. [„Definitio conatus“]. Die Bemüh- Bestreb- Anmassung (!) oder Versuch einer Missethat ist, wenn Jemand durch äusserliche Zeichen oder Werk sich derselben unterziehet, solche aber entweder durch eigene Reu, oder Ohnvermögenheit oder aus fremder Behinderung nicht vollbracht worden.

§ 5. Zuvörder ist bey jeder Anmassung darauf zu sehen: ob die Thatvollziehung durch eigene des Anmassers unverstellte Reu, und freywilliges Abstehen, ohne dass ein anderweiter Umstand, als die bewusste Entdeckung des Vorhabens, fremde Abmahnung und dergleichen hierzu Anlass gegeben, rückstellig geblieben? oder ob selbe in anderweg wider seinen Willen unterbrochen worden seye. —

§ 6. Ersteren Falls kann nach Ermessen des Richters, wenn es nur um ein geringes Verbrechen zu thun, und der Anmasser frühzeitig von seinem Vorhaben abgestanden wäre, entweder die Straff gänzlich nachgesehen, oder bey einem ernstgemessenen Verweis Geldbuss oder anderer minderer Straff beruhet werden; ... in schweren und überschweren Verbrechen . . . willkührlich und gelinder, als etc.

52. Allgemeines G.-B. über Verbrechen und derselben Bestrafung v. Joseph II. (1787.)

I. T. I. Cap. § 9, S. 10. Obschon der Gedanke und ein inneres böses Vorhaben allein noch kein Kriminalverbrechen sind; so ist doch zum Verbrechen auch nicht nötig, dass die Übelthat wirklich ausgeführet werde. Schon der **Versuch** der Übelthat ist ein Kriminalverbrechen, sobald der Bösgesinnte zur wirklichen Ausübung derselben sich angeschicket, und sein Vorhaben durch äusserliche Kennzeichen, und eine Handlung offenbaret hat, die That aber in der Folge nur aus Unvermögenheit, aus dazwischen tretenden fremden Hindernisse, oder aus Zufall nicht vollbracht worden ist.

§ 156. (**Diebstahl.**) S. 38. . . . „Nur, wann vor der gerichtlichen Entdeckung des Thäters von diesem eine freiwillige Zurückstellung des (S. 39) entfremdeten Guts geschehen ist, hört es auf ein Kriminalverbrechen zu seyn, es wäre

dann, dass dem Bestohlenen durch den mittlerweiligen Entgang des entfremdeten Guts ein Sehaden von mehr als 25 Gulden wäre zugezogen worden.

53. Réglement provisionnel pour la procédure criminelle des Pays Bas Autrichiens, Bruxelles 1787 (Joseph II).

Art. 9: La seule pensée ou un sentiment intérieur méchant ne suffit pas pour constituer un délit criminel: cependant l'entreprise d'une action criminelle devient un délit, aussitôt que celui qui en a eu la mauvaise intention, s'est préparé à l'exécuter et a manifesté cette même intention par quelque signe ou acte extérieur, quoique l'action même n'eût pas pu être consommée, soit par l'effet du hasard, ou par quelqu' empêchement survenu.

Anm. Lelièvre: De con. del. p. 199 vermutet, dass dieses Gesetz die Mutter des französischen vom 22. prair. an IV. und damit die des art. 2. Code pénal sei.

54. Str.-G.-B. über Verbrechen und schwere Polizeiübertretungen vom 3. Sept. 1803,

ergänzte Ausgabe, mit Aufnahme mehrerer neuer Bestimmungen u. d T.

Str.-G.-B. über Verbrechen, Vergehen und Übertretungen für das Kaisertum Österreich vom 27. Mai 1852.

Dasselbe trat am 1. Sept. 1852 in Wirksamkeit für den ganzen Umfang des Reiches, mit Ausnahme der Militärgrenze. Gegenwärtig ist sein Geltungsgebiet beschränkter (s. u. s. Ungarn etc.)

Die gegenüber Str.-G.-B. 1803 weggefallenen Stellen in [ ]; die neu hinzugekommenen in ( ):

§ 8 [7] Abs. 1. [**Versuch.**] Zu einem Verbrechen ist nicht nötig, dass die That wirklich ausgeführt werde. Schon der Versuch einer Übelthat ist das Verbrechen, sobald der Bösgesinnte eine zur wirklichen Ausübung führende Handlung unternommen hat; die Vollbringung des Verbrechens aber nur wegen Unvermögenheit, wegen Dazwischenkunft eines fremden Hindernisses oder durch Zufall unterblieben ist.

§ 62 [56]. [**Hochverrat.**] Wer sich in (eine auf Hochverrat abzielende Verbindung) [die, in dem zweiten Punkte des § 52 an-

gedeuteten, auf Hochverrat abzielenden Verbindungen] eingelassen, in der Folge aber durch Reue bewogen, die Mitglieder derselben, ihre Satzungen, Absichten und Unternehmungen der Obrigkeit zu einer Zeit, da sie noch geheim waren, und der Schade verhindert werden konnte, entdeckt, dem wird die gänzliche Straflosigkeit und die Geheimhaltung der gemachten Anzeige zugesichert.

§ 165 [fehlt im Str.-G.-B. v. 1803]. [**Zweikampf**]. Die Strafbarkeit wegen dieses Verbrechens hat zu entfallen:

a) für den Herausforderer, wenn er sich nicht zum Streite stellt;

b) für diesen sowohl, als für den Herausgeforderten, wenn sie sich zwar zum Streit gestellt haben, aber von dem Kampfe vor dessen Beginne freiwillig abgestanden sind;

c) für alle übrigen Mitschuldigen, wenn sie sich für das freiwillige Abstehen von dem Kampfe mit thätigem Eifer bestrebt haben, und derselbe wirklich unterblieben ist.

§ 168 [148g]. [**Brandstiftung**] (Wenn bei einem gelegten Brande) [Hat] der Thäter selbst aus Reue und noch zur rechten Zeit sich so verwendet (hat), dass aller Schaden verhütet worden ist, so (soll er mit aller Strafe verschont werden) [ist die Strafe des schweren Kerkers zwischen sechs Monaten und einem Jahre auszumessen].

§ 187 [167]. [**Diebstahl und Brandstiftung.**] Jeder Diebstahl und jede Veruntreuung hört auf (strafbar) [ein Verbrechen] zu sein, wenn der Thäter (aus thätiger Reue, obgleich auf Andringen des Beschädigten, nicht aber ein Dritter für ihn), eher als (das Gericht oder eine andere) [die] Obrigkeit sein Verschulden erfährt, den ganzen aus seiner That entspringenden Schaden wieder gut macht.

Eben dieses gilt auch von der Teilnehmung; (doch reicht es zur Befreiung hin, wenn der Teilnehmer an einem Diebstahle oder an einer Veruntreuung vor der obrigkeitlichen Entdeckung den ganzen aus seiner Theilnehmung entstandenen Schaden, insoferne sich dieser Anteil erheben lässt, gut gemacht hat). Vgl. dazu § 188 und § 466 (in Bez. auf Diebstähle und Veruntreuungen, welche nur Übertretungen sind).

55. **Entwürfe:**

Entw. 7. Nov 1874 (VIII. Sess. 71. Sitzung).
Entw. 1878
Entw. (IX. Sess.).

Vgl. Zu 392 der Beilagen zu den stenographischen Protokollen des Abgeordnetenhauses. IX. Session. I. Abteilung. Daselbst s. auch die Abweichungen der früheren Entwürfe.

Entw. v. 1881.

§ 50. [**Versuch.**] Der Versuch als solcher **bleibt straflos,** wenn der Thäter aus eigenem Antriebe und nicht in Folge eines von seinem Willen unabhängigen Hindernisses von der Vollendung des Verbrechens oder Vergehens abgestanden ist.

Der Versuch als solcher **hört auf,** strafbar zu sein für den Thäter oder Teilnehmer, welcher aus eigenem Antrieb und nicht wegen erfolgter Entdeckung seiner Schuld den Eintritt des zur Vollendung des Verbrechens oder Vergehens erforderlichen Erfolges abgewendet hat.

§ 66. Der **Diebstahl,** die **Unterschlagung,** der **Betrug,** die **Sachbeschädigung,** die **Hehlerei,** sofern sie nicht gewerbsmässig betrieben wurde, und die in den §§ 309 und 314 [furtum usus und Verheimlichen, Ankaufen etc. von Sachen, die durch unberechtigtes Jagen, Fischen oder Krebsen erlangt worden sind] erwähnten Vergehen hören auf strafbar zu sein, wenn der Schuldige, bevor er einem Strafgerichte, einer Staatsanwaltschaft oder einer Sicherheitsbehörde als der strafbaren Handlung verdächtig bekannt geworden ist, freiwillig für den aus seiner strafbaren Handlung entstandenen Schaden entweder selbst oder durch einen Dritten vollen Ersatz gewährt hat.

§ 95. [**Hochverrat und hochverräterisches Unternehmen.**] Die Strafbarkeit der in den §§ 92 bis 94 erwähnten Handlungen erlischt, wenn der Schuldige aus eigenem Antriebe und nicht wegen eingetretener Entdeckung oder anderer Hindernisse von der Vorbereitung oder begonnenen Ausführung des Unternehmens zurücktritt, und jeder aus seiner Thätigkeit oder der seiner Genossen etwa entstandene Nachteil durch ihn selbst oder in Folge einer von ihm rechtzeitig an die Obrigkeit erstatteten Anzeige vollständig beseitigt wird.

§ 168. [**Meineid und falsche Aussage.**] Die in den §§ 165—167 erwähnten falschen Aussagen werden straflos, wenn der Schuldige sie vor der Entscheidung über die Sache, in welcher sie abgelegt wurden, und ehe aus denselben ein Nachteil für einen Andern erwachsen ist, ferner ehe die Falschheit seiner Aussage entdeckt ist, oder desshalb Nachforschungen gegen ihn eingeleitet sind, widerruft.

§ 169. [Meineid und falsche Aussage: ausser dem Fall des § 168 tritt bei einem von Anderen rechtswidrigen Nachteil abwendenden Widerruf bloss Gefängnis bis zu drei Jahren ein.]

§ 171. [**Fahrlässiger Meineid etc.**: § 168 anwendbar.]

§ 212. [**Herausforderung.**] Die Partei, welche den Zweikampf vor dessen Beginn freiwillig aufgibt, wird straflos. Die Strafbarkeit der Kartellträger entfällt mit der des Herausforderers.

§ 219. [**Amerikanisches Duell.**] Das vorbezeichnete Verbrechen bleibt für alle Beteiligten straflos, wenn vor der obrigkeitlichen Entdeckung das Übereinkommen von beiden Teilen für unverbindlich erklärt wurde, oder Derjenige, zu dessen Gunsten der bestimmte Zufall entschieden hat, dem anderen Teile die vermeintliche Verpflichtung zur Selbsttödtung erlassen hat und in Folge dessen die Ausführung unterblieben ist.

Entw.

§ 329. [**Brandstiftung.**] Hat der Thäter den Brand (§§ 325 bis 328) bevor derselbe entdeckt war, durch eigene Thätigkeit oder Herbeiziehung fremder Hilfe sogleich wieder gelöscht, so dass ein weiterer, als der durch die blosse Inbrandsetzung bewirkte Schaden nicht entstanden ist, so tritt Straflosigkeit ein.

Ungarn.

56. Ungar. St.-G.-B. in Geltung seit 1. Sept. 1880.

§ 67. [**Versuch**] fast = § 46 D. Str.-G.-B.

§ 68. [**Qualific. Versuch**; umschreibt das „als solcher“ in § 46 D. Str.-G.-B.]

Kroatien.

57. Kroatischer St.-G.-Entw. v. 1879.

§ 33. [**Versuch**] materiell = § 46 D. Str.-G.-B.

§ 33 Abs. 2. [**Qualific. Versuch**; umschreibt das „als solcher" in § 46 D. Str.-G.-B.]

Bosnien und Herzegowina.

58. St.-G. über Verbrechen und Vergehen für — —
(seit 1. Sept. 1881.)

§ 13. [**Versuch**] = Österreich § 8.

§ 50. Schweiz.

A. Bundesgesetze.

59. Bundesgesetz über d. Bundesstafrecht d. schweizerischen Eidgenossenschaft. Vom 4. Hornung 1853.

Dasselbe enthält eine Reihe von Bestimmungen, innerhalb deren sich die Cantonalgesetzgebungen zu bewegen haben

Art. 14. [„**Versuch**".]

Art. 16. [Wenn „von der verbrecherischen Handlung abgelassen worden" ist] „mag die Strafe gemildert werden und selbst gänzliche Straflosigkeit eintreten".

60. Militär-St.-G.-B. für die Schweizer Eidgenossenschaft, vom Bundesrat genehmigter Entwurf 1883.

Art. 13 Abs. 2 [**Versuch**; sehr ähnlich § 46 D. Str.-G.-B.] „so kann stets Disciplinarstrafe angewendet werden".

B. Cantonalgesetze.

a. Aargau.

61. Peinliches St.G-.-B. f. d. Canton Aargau v. 1. Hornung 1857.

§ 23. Wer den bösen Vorsatz der Begehung eines Verbrechens durch eine äussere, zur wirklichen Verübung führende Handlung unverkennbar an den Tag legt, das Verbrechen aber gegen seinen Willen wegen Unvermögens, wegen Dazwischenkunft eines fremden Hindernisses, oder wegen eines Zufalls nicht vollenden kann, macht sich des **Versuches** zum Verbrechen schuldig.

§ 44. Besondere Milderungsgründe sind:

. . . . .

i. das Bestreben, den Schaden zu ersetzen oder weitere Folgen des Verbrechens zu verhindern.

b. Appenzell A. Rh.

62. **St.-G.-.B f. d. Kanton Appenzell A. Rh.** Von der Landsgemeinde angenommen den 28. April 1878.

§ 26. **Versuch.** [Abs. 3.] Unter Umständen kann der Richter selbst auf gänzliche Straflosigkeit erkennen. Jedenfalls ist die Strafe in hohem Grade zu mildern, wenn der Thäter vor der Vollendung des Verbrechens oder Vergehens, ohne dazu durch ein äusseres Hindernis oder durch Zufall genötigt gewesen zu sein, aus freiem Antriebe und aus besserer Gesinnung völlig von demselben abgestanden ist.

[Abs. 4.] Diese Vorschrift ist auch für diejenigen Fälle massgebend, für welche das Gesetz auf den Versuch zu bestimmten Verbrechen oder Vergehen eine eigene Strafe festgesetzt hat.

§ 47. Milderungsgründe.

Die Strafe mindert sich:

. . . . .

e) wenn er [der Thäter] beabsichtigte, die Folgen des Verbrechens oder Vergehens zu verhindern oder aus freiem Antriebe thätig bemüht war, den schon verursachten Schaden wieder gut zu machen.

§ 113. **Diebstahl.** [Abs. 8.] Ganz besonders aber ist die Strafe zu mildern und kann sie unter Umständen sogar bis auf zeitweise Herabsetzung in den bürgerlichen Ehren und Rechten herabsinken, wenn der Dieb, bevor er wegen des Diebstahls ergriffen, verfolgt oder bedrängt oder amtlich zur Rede gestellt wurde, ohne rechtswidrige Benachteiligung eines Dritten die Zurückgabe oder den vollen Ersatz des entwendeten Gutes bewirkt hat.

§ 131. Wenn das Feuer nach dem Ausbruche, aber bevor es schon bedeutenden Schaden gestiftet hat, von dem Brandstifter selbst oder durch seine Veranstaltung aus eigenem Antriebe gelöscht worden, so ist dieser Umstand als wesentlicher Milderungsgrund der Strafe zu betrachten, welchem bei der Beurteilung der **Brandstiftung** vorzügliches Gewicht beigelegt werden soll. Noch mehr ist die Strafe zu mildern, und kann sie bis auf Gefängnis herabgesetzt werden, wenn der Thäter entweder nach gelegtem Brande den Ausbruch des Feuers aus eigenem Antriebe verhindert oder das eben ausgebrochene Feuer auf der Stelle, ohne dass daraus ein Schaden entstanden ist, wieder gelöscht hat.

c. Appenzell Innerrhoden

hat kein codificiertes Strafrecht. Die Stellung der Praxis zu unserer Frage ist mir unbekannt; vgl. Nidwalden u. Uri.

d. Basel-Landschaft.

63. St.-G.B-. f. d. Kanton Basel-Landschaft v. 3. Febr. 1873.

§ 27. [**Rücktritt**] Ist der Thäter von seinem Vorhaben, ohne an der Ausführung desselben durch äussere Umstände gehindert worden zu sein, abgestanden, so tritt keine Strafe des versuchten Verbrechens ein.

§ 167. Wenn der **Brandstifter** das ausgebrochene Feuer sogleich wieder gelöscht hat, ehe es sich weiter ausbreitete, so kann auf Gefängnis erkannt werden.

e. Basel-Stadt.

64. St.-G.-B. f. d. Kanton Basel-Stadt (17. Juni 1872).

§ 27. [**Rücktritt.**] Ist der Thäter von seinem Vorhaben etc. [wie oben].

§ 167. [wie oben].

f. Bern.

65. St.G-.-B. f. d. Kanton Bern vom 30. Januar 1866.

Art. 30. Jeder **Versuch** eines Verbrechens, der durch äussere Handlungen an den Tag gelegt worden ist, die einen Anfang von Ausführung bilden, wird, wenn die Vollendung nur durch zufällige, vom Willen des Thäters unabhängige Umstände verhindert worden ist, mit . . . Strafe . . . belegt.

Art. 32. Ist der Thäter aus freiem Willen von der Vollendung der strafbaren Handlung zurückgetreten, so ist seine Handlung straflos. Liegt in der Versuchshandlung bereits eine Rechtsverletzung, so soll er nur für diese bestraft werden.

Art. 92. [**Unterschlagung durch Beamte.**] Abs. 3. Es kann je nach Umständen Straflosigkeit eintreten, wenn der Angeschuldigte den Wert der unterschlagenen Sache auf geschehene Aufforderung hin sofort vollständig ersetzt.

Art. 103. [**Falschmünzerei.**] Personen, welche sich einer der in den Art. 101 und 102 benannten strafbaren Handlungen schuldig gemacht haben, sind straffrei, wenn sie vor deren Vollendung und vor jeder Verfolgung den Behörden davon Kenntnis gegeben und die Urheber angegeben haben.

Art. 120. [**Zurückziehung der falschen Aussage.**] Wird die beschworene oder unbeschworene falsche Erklärung zurückgezogen, bevor eine Anzeige gemacht und bevor ein Nachteil entstanden ist, so kann Strafmilderung (Art. 31) und je nach Umständen Straflosigkeit eintreten.

Art. 195. Hat der Thäter nach gelegtem **Brand** aus Reue den Ausbruch des Feuers verhindert oder das ausgebrochene Feuer gelöscht, bevor ein erheblicher Nachteil entstanden ist, so kann Strafmilderung (Art. 31) und in besonders günstigen Fällen Straflosigkeit eintreten.

Art. 215. Wenn der Dieb zu einer Zeit, wo er sich den Umständen nach noch nicht für entdeckt halten konnte, und ohne dass er zur Rede gestellt wurde, den verursachten Schaden ganz gut gemacht hat, so kann beim ausgezeichneten wie beim einfachen **Diebstahl**, selbst wenn schon eine Anzeige bei Behörde eingereicht worden wäre, die gesetzliche Strafe bis auf ein Drittel des niedrigsten Masses herabgesetzt (Art. 31), und es darf die Hälfte des höchsten Strafmasses nicht überschritten werden.

Art. 36 (Abs. 2). — — Hat er (der Anstifter) jedoch aus freiem Antrieb die Ausführung der That, so viel an ihm lag, zu verhindern gesucht, so ist er straflos, wenn dieselbe entweder gar nicht oder doch nicht in Folge seiner **Anstiftung** begangen worden ist.

g. Fribourg.

65. Code pénal du canton de Fribourg (prom. 20. Sept. 1873.) Fribourg, Fragnière 1873.

Art. 36. Il y a crime manqué lorsque le but criminel n' a pas été atteint, ce par des circonstances indépendantes de la volonté du coupable, bien que celui-ci ait fait tout ce qu' il était dans son pouvoir de faire et qu' il ne puisse plus se desister.

Art. 38. La résolution de commettre un crime, manifestée par un commencement d'exécution, constitue la tentative.

Elle est punissable lorsqu' elle n' a été suspendue ou n' a manqué son effet que par des circonstances extérieures, indépendantes de la volonté de l'agent.

Art. 41. La **tentative** n' est pas punissable lorsque l'auteur a spontanément renoncé à accomplir son dessein.

Néanmoins, si les actes de la tentative constituent en eux-mêmes un fait illicite distinct, la peine de ce fait sera applicable:

Art. 46. Celui qui a donné **mandat** pour commettre un crime n' est pas punissable lorsqu' il révoque le mandat avant l'exécution du crime et que le mandataire a eu connaissance de la révocation. — — —

Art. 175.

(2.) Lorsque l'auteur du **faux** l' a detruit avant qu' il en ait été fait usage ou avant qu' aucune poursuite ait été commencée, il n' est passible d'aucune peine.

Art. 192. Si l'auteur de la **fausse déclaration**, affirmée ou non par serments la retire avant qu' il en soit résulté du préjudice pour autres, il y aura lieu à lui appliquer une peine correctionelle.

Art. 211. Si le coupable a volontairement étouffé ou arrêté **l'incendie** avant qu' il ait produit un préjudice notable, la peine sera correctionelle.

h. Genève.

67. Code pénal du Canton de Genève. Du 21. Oct. 1874.

Art. 5. Toute tentative de crime ou de délit manifestée par des actes extérieurs constituant un commencement d'exécution, et qui n' a été suspendue ou n' a manqué son effet que par des circonstances fortuites ou indépendantes de la volonté de son auteur, est punie . . . .

Art. 6. Lorsque la **tentative** a été suspendue par la volonté de l'auteur, l'acte exécuté n' est puni qu' en tant qu' il constitue par lui-même une infraction.

i. Glarus.

68. St.-G.-B. (Ursprünglich erlassen von der Landsgemeinde 1867 und revidiert von der Landsgemeinde 1887.)

§ 20. Ist der Thäter aus eigenem Antriebe, und ehe für Andere Schaden erwachsen, von der Vollendung eines angefangenen Verbrechens oder Vergehens abgestanden, so trifft ihn keine Strafe, wenn nicht in der Handlung eine That liegt, die an sich strafbar ist.

§ 118. Hat das ausgebrochene **Feuer** nur einen kleinen Schaden verursacht, und ist dasselbe von dem Brandleger selbst oder durch seine Veranstaltung gelöscht worden, ehe es sich weiter ausbreitete, so kann in den Fällen des § 116 auf Arbeitshaus, in denjenigen des § 117 auf Gefängnis erkannt werden.

k. Graubünden.

69. St.-G.-B. f. d. Kanton Graubünden. Promulgiert mit Abschied v. 8. Juli 1851 u. gleichzeitig in Kraft getreten.

§ 28. Wenn der Thäter nicht durch zufällige oder andere von seinem Willen unabhängige Umstände an der Verübung des Verbrechens gehindert worden, sondern freiwillig davon abgestanden ist, so soll er nur insoweit bestraft werden, als durch solche Handlungen bereits eine Rechtsverletzung stattgefunden hat.

§ 83. [**Zweikampf.**] Voraussetzung, „wenn der Zweikampf wirklich stattgefunden hat“.

§ 166. [**Freiwilliger Ersatz.**] Wenn der Dieb, ehe die amtliche Beinzichtigung zu seiner Kenntnis gelangt ist, den durch seine That verursachten Schaden aus freiem Antriebe ganz oder zum Teil wieder gut macht, so kann die sonst verwirkte Strafe, nach Massgabe des Betrags der geleisteten Erstattung und anderer Umstände, herabgesetzt, oder, im Fall der vollständigen Erstattung, auch gänzlich nachgelassen werden.

l. Luzern.

70. Kriminal-Strafgesetz. (Vom 29. Wintermonat 1860. In Kraft getreten den 28. Januar 1861.)

§ 28 (Abs. 2). Handlungen hingegen, wodurch die Ausführung eines beabsichtigten Verbrechens angefangen worden ist, sind als Versuch desselben zu bestrafen.

§ 31. [**Straflose Versuchshandlungen.**] Der Versuch ist straflos, wenn die Vollführung der That nicht aus Zufall oder wegen äussern Hindernissen unterblieb, sondern der Handelnde freiwillig von dem Unternehmen abgestanden ist und dass dieses geschehen sei, durch äussere Handlungen an den Tag gelegt hat. Sollte aber die Versuchshandlung schon an sich irgend eine andere Übertretung enthalten, so tritt die dadurch verwirkte Strafe ein.

Wurde die Unternehmung mit Teilhabern begonnen, welche sie vollenden, so ist der Zurücktretende für die Vollendung soweit verantwortlich, als man annehmen kann, dass seine frühere Thätigkeit die der übrigen verursachte oder beförderte.

Art. 114. Hat der **Brandstifter** das Feuer aus freiem Antriebe selbst wieder gelöscht, und ist der entstandene Schaden nur unbedeutend, so kann die gesetzliche Strafe bis auf ein Vierteil herabgesetzt werden (§§ 31 und 72).

m. Neuchâtel.

71. Recueil des Lois, Décrets, et autres Actes du Gouvernement de la Rép. et Canton de N. F. VII. 1854—1856. Neuchâtel. Ch. Leidecker et A. Combe 1856.

s. No. 67 p. 397—495 (v. 21. déc. 1855.) promulg. 19. janv. 1856.

Art. 2. Toute **tentative** de crime ou de délit qui aura été manifestée par un commencement de'xécution, si elle n' a été suspendue ou si elle n' a manqué son effet que par des circonstances indépendantes de la volonté de son auteur, est considérée comme le crime ou le délit même, et sera punie de peines de même nature.

Toutefois le juge devra tenir compte, dans l'application de la peine, du degré auquel sera parvenue l'exécution, sans descendre cependant au-dessous du minimum fixé par la Loi.

Art. 136. (**Témoins.**) Si les personnes mentionnées aux articles précédents se sont rétraitées spontanément avant le jugement de la cause dans laquelle elles ont été appelées à déposer, et avant que des poursuites aient été dirigées contre elles, elles peuvent être libérées de toute peine ou condamnées à des peines de simple police.

72. **Avant-Projet de C. P. pour le Canton de Neuchâtel.** Sept. 1888. **Chaux-de-Fonds Imprimerie du National Suisse** 1888.

Art. 50. La tentative d' un délit, qui aura été manifestée par un commencement d'exécution, si elle n' a été suspendue que par des circonstrances indépendantes de la volonté de son auteur, est considérée comme le délit même à moins que la loi n'en ordonne autrement.

Art. 53. La **tentative** n'est par punissable 1⁰ Lorsque son auteur a volontairement renoncé à l'accomplissement du délit, sans qu'il y ait été déterminé par un obstacle extérieur; 2⁰ Lorsque, dans un moment où le délit n'était pas encore découvert, son auteur en a spontanément détourné les effets.

Art. 55. Quiconque, voulant commettre un délit, a fait tout ce qui était nécessaire pour sa consommation, lorsque celle-ci n' a manqué son effet que par des circonstances indépendantes de la volonté de son auteur, sera puni des peines établies à l'art. 51.

— — —

Art. 395. Lorsque le feu n'a pas encore causé un dommage considérable et que l'auteur de **l'incendie,** agissant spontanément, l'a immédiatement éteint ou fait éteindre avant d'avoir été découvert, il ne sera puni que de l'emprisonnement, jusqu' à trois mois. Jl pourra même être libéré, sans préjudice des dommages — intérêts.

n. St. Gallen.

73. **Str.-G. ü. Vb. u. Vg.** Erlassen am 25. Nov. 1885.

Art. 31. Der **Versuch** bleibt straffrei, sofern der Thäter aus eigenem Antrieb, nicht in Folge äusserer, von seinem Willen unabhängiger Umstände vom angefangenem Vb. oder Vg. oder dessen Vollendung abgestanden ist, und seine Versuchshandlungen nicht schon an sich als eigenes Vb. oder Vg. mit Strafe bedroht sind.

Haben sich mehrere zur Verübung eines Vb. oder Vg. verbunden, und ist dasselbe nach dem Rücktritte eines derselben von den Andern doch ausgeführt worden, so fällt die Strafe für den Zurücktretenden nur dann weg, wenn er sein Möglichstes gethan hat, auch die Uebrigen zum Rücktritte zu bewegen und die Ausführung des Unternehmens auch in anderer Weise zu verhindern.

Art. 40. Unter das für die strafbare Handlung angedrohte Strafmass hinab oder auf eine leichtere Strafart kann erkannt werden:

. . . .

c) wenn er [der Schuldige] nach Vollbringung der strafbaren That eine werkthätige Reue bezeigt, sei es durch Stelbstanzeige oder dadurch, dass er vor erfolgtem strafrechtlichen Einschreiten die schädlichen Folgen soweit möglich verhindert oder aufhebt.

o. Schaffhausen.

Officielle Sammlung der für den eidgenössischen Stand Sehaffhausen bestehenden Gesetze, Verordnungen und Verträge. N. F. III. I. Schaffhausen, Murbach u. Gelzer. 1861. S. 65—172.

74. **St.-G. f. d. K. Schaffhausen.** V. 22. Dez. 1858 u. 23. M. 1859. prom. 3. Apr. 1859,

[Ganz eigen!]

§ 46. [**Nicht beendigter Versuch.**] Der Versuch eines Vb. oder Vg. ist vorhanden, wenn eine Person in der Absicht, dasselbe zu begehen, eine äussere Handlung vorgenommen hat, welche wenigstens schon als ein Anfang der Ausführung der beabsichtigten Uebertretung anzusehen ist.

§ 47. (**Beendigter Versuch.**) Hat der Thäter Alles gethan, was von seiner Seite zur Vollendung des beabsichtigten Vb. nothwendig war, ist jedoch der zum Begriffe des Vb. erforderliche Erfolg durch dazwischen getretene Umstände, welche ihren Grund nicht in seinem Willen, noch in seiner eigenen Handlungsweise hatten, abgewendet worden, so ist die That als beendigter Versuch des beabsichtigten Vb. zu bestrafen.

§ 51. Bei Ausmessung der Strafe des Versuches hat der Richter bosonders den Grad, in welchem die verbrecherische Handlung bereits vorgeschritten ist, sowie die Ursache der unterbliebenen Vollendung, ob diese nämlich eine grössere oder geringere Beharrlichkeit des Thäters, eine mehr oder minder dringende Gefahr für das bedrohte Recht zeige, zu berücksichtigen.

Je mehr der Vb. durch bessere Ueberzeugung, nicht durch äusseres Hindernis oder Zufall geleitet wurde, und je früher er von der vb. Handlung abgelassen hat, desto mehr mag die Strafe gemindert werden (§ 83.)

6. Tit. Von der Erlöschung der gerichtlichen Verfolgung und der Strafbarkeit.

2. Erörterung der Strafbarkeit.

§ 83 (b. durch Rücktritt.) Straflos bleibt:

1) der Thäter, welcher von Anfang an oder nach einem nicht beendigten Versuch das Vb. freiwillig wieder aufgegeben hat, insofern nicht die Vorbereitungs- oder Versuchshandlung ein eigenes Vb. oder Vg. enthält (§ 53);

2) der Anstifter, sowie jeder andere Teilnehmer, welcher von dem vb. Vorhaben aus freiem Antriebe zurücktritt, und diesen Rücktritt dadurch bethätigt, dass er das bevorstehende Vb. vor dem Beginn der Ausführung selbst abwendet oder verhindert, oder aber, wo eine solche Verhinderung nicht möglich oder die Abmahnung erfolglos geblieben ist, der Behörde von dem bevorstehenden Vb. so zeitig die Anzeige gemacht hat, dass sie dasselbe verhindern konnte.

§ 136. (**Thätige Reue.**) Hat der Thäter aus eigenem Antriebe das ausgebrochene Feuer sogleich selbst wieder gelöscht oder die sofortige Löschung desselben durch herbeigeholte Hülfe bewirkt, so dass ausser dem durch den Ausbruch des Feuers selbst und unmittelbar entstandenen Schaden ein weiterer Schaden nicht verursacht worden ist, so ist auf Gefängnisstrafe ersten Grades zu erkennen.

§ 215. (**Freiwillige Wiedererstattung.**) Wenn der Dieb, ehe eine beschuldigende Anzeige bei Behörde geschehen ist, aus freiem Antriebe die entwendete Sache zurückgegeben, oder Ersatz dafür geleistet hat, so ist die sonst verwirkte Strafe jedenfalls um einen Dritteil, jedoch nicht mehr als um zwei Dritteile herabzusetzen.

Hat eine solche Zurückerstattung oder Ersatzleistung nur teilweise stattgefunden, so ist nach Abzug des ersetzten Betrages die Strafe im Verhältnis zu der übrigen Summe zu mildern.

§ 219. [**Unterschlagung.**] (Allgemeine Bestimmung.]

[Abs. 2.] Ersatzleistung durch den Thäter vor erhobener gerichtlicher Anzeige befreit von Strafe.

§ 253. (**Widerruf.**) Wenn Derjenige, der sich eines Meineids (§ 248), einer falschen Versicherung an Eidesstatt (§ 249) oder eines falschen Zeugnises (§ 251) schuldig gemacht hat, seine

unwahre Angabe aus eigenem Antriebe und ehe noch ein Rechtsnachteil für einen Andern daraus entstanden ist, widerruft, so soll er mit Gefängnis ersten Grades bis auf zwei Jahre bestraft werden.

— — —

Im II. Entw. v. J. 1886 cf. § 45 ≌, § 46 D. Str.-G.-B.; § 106 (Brandstiftung); § 177 (Wiedererstattung); § 215 (Widerruf.)

p. Schwyz.

75. **Criminal-Str.-G.-B. f. d. Kanton Schwyz.** V. 20. Mai 1881.

§ 36. Der **Versuch** ist straflos:

. . . .

b. wo das Ausbleiben des Erfolges seinen Grund im freiwilligen Rücktritt desjenigen hat, welcher eine verbrecherische Unternehmung anfing, sei es, dass er die Fortsetzung unterliess, oder die Vollendung unschädlich machte;

§ 74, Abs. 1. Wenn der **Dieb**, ehe die amtliche Anzeige zu seiner Kenntnis gelangt ist, den durch seine That verursachten Schaden aus freiem Antrieb gut macht, so kann die somit verwirkte Strafe herabgesetzt oder auch gänzlich nachgelassen werden.

q. Solothurn.

76. **Str.-G.-B. f. d. Kanton Solothurn.** V. 29. Aug. 1885.

§ 28 ≌ § 46 D. Str.-G.-B. (**Versuch.** Rücktritt.)

§ 51. Abs. 3. Dagegen soll als Milderungsgrund auf das Strafmass einwirken:

1. Wenn der Schuldige **thätige Reue** bezeugt, indem er die nachteiligen Folgen der That möglichst verhindert oder dafür Vergütung leistet, ein Geständnis ablegt u. s. f.

§ 93. Wird die **falsche Aussage** von dem der sie gemacht hat, vor dem Endurteil und bevor eine Strafuntersuchung gegen ihn angehoben ist, zurückgenommen, so tritt keine Bestrafung ein.

§ 169. Wenn der Thäter das ausgebrochene **Feuer** wieder gelöscht hat, oder wenn dasselbe auf seine Veranstaltung gelöscht worden, bevor es einen erheblichen Schaden verursacht hat, so tritt Einsperrung bis auf zwei Jahre ein.

r. Thurgau.

77. **Das Str.-G.-B. f. d. Kanton Thurgau** (d. d. 15. Juni 1841.)

§ 34. Wenn der Thäter aus eigenem Antriebe die Ausführung eines Vb. aufgegeben hat und in seiner Handlung nicht an und für sich schon ein Vg. oder Vb. liegt, so tritt Straflosigkeit ein.

§ 147. Wenn der **Dieb**, ehe eine Anzeige bei der Obrigkeit gegen ihn gemacht worden ist, aus freiem Antriebe die entwendete Sache zurückgegeben oder Ersatz dafür geleistet hat, so ist die verwirkte Strafe um einen Drittteil oder bis zur Hälfte herabzusetzen.

§ 189. Abs. 2. Wer die von ihm gemachten **unwahren Angaben**, bevor auf dieselben ein Wahrspruch oder ein Endurteil erlassen worden ist, widerruft, ist straflos, sofern nicht vorher gegen ihn eine strafrechtliche Untersuchung eingeleitet wurde.

§ 202. Es kann auf Gefängnis erkannt werden oder auch Straflosigkeit eintreten, wenn im Falle des § 201 der **Brandstifter** selbst das Feuer, ehe es sich weiter ausbreitete, aus freiem Antriebe gelöscht hat.

§ 268. Wenn die Beteiligten, ohne durch äussere Hindernisse dazu genötigt worden zu sein, vor dem Beginne des **Kampfes** davon abgestanden sind, so tritt gegen dieselben keine Strafe ein.

s. Ticino.

78. **Codice penale per il Cantone del Ticino. Edizione officiale. Bellinzona, Topolitografia cantonale** 1873.
(25 gennaio 1873, prom. 3. Febbr. 1873, in vigore col. 1° maggio 1873.

Art. 54. § 1. Colui che, con atti esecutivi vicini e capaci a raggiungere lo scopo, ha manifestato la intenzione diretta a commettere un crimine o delitto, ma per cause accidentali e indipendenti dalla sua volontà, non ha fatto tutto ciò che era necessario a consumarlo, è colpevole di crimine o delitto tentato.

§ 2. Colui che, nell'intenzione diretta a commettere un crimine o delitto, ha fatto tutto ciò che era necessario a consumarlo, se il successo non è avvenuto per cause accidentali e indipendenti dalla sua volontà, è colpevole di crimine o delitto mancato.

Art. 56. Quando il **tentativo** sia stato sospeso, per volontà dell'agente, si punisce soltanto l'atto eseguito, se costituisce per sè stesso un crimine o delitto nella sua specie consumato, e si applica la pena die questo.

Art. 397. Se il danno derivato, o derivabile dall'**incendio**, non eccede franchi 500, la pena sara diminuita da uno a due gradi : sarà diminuita dai due ai tre gradi, quando il reo, pentito, riusci a spegnerlo ed a prevenire ogni danno.

t. Unterwalden ob dem Wald („Obwalden")

79. Criminal-St.-G. f. d. K. Unterwalden ob dem Wald („Obwalden").

(Sarnen d, 20, Weinmonat 1864.)

[ausserdem Polizei-Str.-G. v. 20. April 1870.]

Art. 19 Abs. 2. Der **Versuch** ist straflos, wenn der Thäter freiwillig und aus thätiger Reue von dem verbrecherischen Unternehmen abgestanden ist, sofern in dem Versuch selbst nicht ein selbständiges Vb. liegt.

Art. 103. Abs. 2. Ganz besonders ist die Strafe zu mildern, wenn der **Dieb**, bevor er wegen des Diebstahls ergriffen, verfolgt oder amtlich zur Rede gestellt wurde, ohne rechtswidrige Benachteiligung eines Dritten, die Zurückgabe oder den vollen Ersatz der entwendeten Sache bewirkt hat.

u. Unterwalden nid dem Wald („Nidwalden")

hat noch uncodificirertes altes Gewohnheitsrecht. Wie sich die Praxis zu unsrer Frage stellt, ist mir unbekannt. Dasselbe gilt von

v. Uri.

w. Le Valais (Wallis).

80. Code Pénal du Canton du Valais.

(Exécutoire dès le1er Janvier 1859.)

[2me Ed. Sion, L. Schmid 1880. — Die „Lois modifiant le Code Pénal . . . Sion, L. Schmid 1888" enthalten in unsrer Materie keine Abänderungen.]

59. L' auteur de la **tentative** n'est pas punissable lorsqu' il s'est arrêté spontanément dans son entreprise.

Néanmoins, si les actes de la tentative constituent en eux-mêmes un délit distinct, la peine de a délit est applicable ce celui qui en est l'auteur.

192. Si le **faux témoin** ou l'expert se rétracte spontanément avant le jugement de la cause dans laquelle le faux a été commis, et avant que des poursuites aient été dirigées contre lui, il peut être libéré de toute peine.

Si la retractation n' a lieu qu' après le jugement la peine peut être diminuée de moitié.

242. alinéa 1. La peine du **duel** ne sera pas appliquée à ceux qui, après avoir proposé ou accepté le défi, se seront desisté volontairement.

326. Celui qui, après avoir mis le **feu**, l'éteint de son propre mouvement, avant qu' il en soit résulté aucun dommage, est dans le cas de la tentative non punissable.

X. Vaud.

81. Code pénal du Canton de Vaud. Du 18. Févr. 1843.

Art. 36. La **tentative** suspendue ou arrêtée par des circonstances indépendantes de la volonté de son auteur, est punie comme suit, dans les cas déterminés par la loi:

. . . .

Art. 37. L'auteur de la **tentative** n'est pas punissable, lorsqu'il s'est arrêté spontanément dans son entreprise.

Néanmoins, si les actes de la tentative constituent en eux-mêmes un délit distinct, la peine de ce délit est applicable celui qui en est l'auteur.

Art. 91. Dans les cas prévus en l'art 188 [**faux témoignage**], si le témoin ou l'expert se rétracte volontairement avant le jugement de la cause dans laquelle il a déposé, et avant que des poursuites aient été dirigées contre lui, il peut etre libéré de toute peine.

Si la retractation ne survient qu'après le jugement, la peine peut être diminuée de moitié.

Art. 319. Celui qui, après avoir mis le **feu**, l'éteint de son propre mouvement, avant qu'il en soit résulté aucun dommage, est dans le cas de la tentative non punissable (art. 37).

y. Zürich.

82. **St.G-.B-. f. d. Kanton Zürich** vom 24. **Oct.** 1870.

§ 36. Ist der Thäter aus eigenem Antriebe und nicht in Folge äusserer, von seinem Willen unabhängiger Umstände von einem angefangenen Verbrechen abgestanden, so soll in der Regel gänzliche Straflosigkeit eintreten.

§ 60. Dagegen ist die Strafe insbesondere in folgenden Fällen zu mildern:

a. wenn der Urheber gleich nach Verübung der strafbaren Handlung thätige Reue bezeigt, indem er die schädlichen Folgen der That möglichst verhindert oder gut macht; z. B. . . . .

§ 76. Entfernen sich die blossen Theilnehmer an einem **Aufruhr** sofort auf das Abmahnen eines Beamten oder eines Bürgers, so können sie, wenn ihnen keine Gewaltthätigkeit zur Last fällt, straffrei gelassen werden.

§ 203. Wenn der **Brandstifter** aus eigenem Antriebe das ausgebrochene Feuer wieder gelöscht hat oder dasselbe auf seine Veranstaltung gelöscht wurde, so kann auf Arbeitshaus oder Gefängnis erkannt werden und in ganz unbedeutenden Fällen selbst völlige Straflosigkeit eintreten.

cf. auch § 95. Haben die Beteiligten (§§ 92 und 94) sich an dem für das **Duell** bestimmten Ort eingefunden, unterblieb aber der Vollzug wegen äusserer Hindernisse, so etc.

z. Zug.

83. **St.-G.-B. f. d. Kanton Zug.** (Vom 20. Wintermonat 1876). Dazu **Gesetz betr. Abänderung des** —. (Vom 1. Juni 1882.)

§ 20. Ist der Thäter von seinem Vorhaben, ohne an der Ausführung desselben durch äussere Umstände gehindert worden zu sein, abgestanden oder hat er zu einer Zeit, zu welcher die Handlung noch nicht entdeckt war, den Eintritt des zur Vollendung der strafbaren That gehörigen Erfolges durch eigne Thätigkeit abgewendet, so tritt keine Strafe des versuchten Vergehens ein.

§ 37. Die Strafe ist u. a. zu mindern:

. . . . .

e. wenn sein Benehmen bei oder nach der That auf einen noch geringen Teil von Verdorbenheit schliessen lässt, insbesondere, wenn er aus eigenem Antriebe bemüht war, den schädlichen Folgen seiner strafbaren Handlung vorzubeugen, den entstandenen Schaden wieder gut zu machen;

§ 66. In den Fällen des § 65 [jetzt ersetzt durch § 6 des Gesetzes vom 1. Juni 1882] tritt keine Bestrafung ein:

. . . . .

b. wenn die **falsche Aussage** von dem, der sie gemacht, vor dem Endurteil und ehe eine Strafuntersuchung gegen ihn eingeleitet ist, zurückgenommen wird, und hiedurch ein allfälliger Schaden noch gutgemacht werden kann.

§ 106. Wenn das ausgebrochene **Feuer** nur einen geringen Schaden verursacht und dasselbe von dem Brandleger selbst oder auf seine Veranlassung wieder gelöscht wurde, so kann auf Gefängnis erkannt werden und in ganz unbedeutenden Fällen selbst Straflosigkeit eintreten [durch § 8 des G. v. 1. Juni 1882 nicht berührt].

§ 51. Niederlande.

84. Holländischer Entwurf der Zwölfercommission (1798—1804.)

Die in het volbrengen eener misdaad door toevallen of omstandigheden, welke van zijnen wil niet afhingen, verhindert is moet gestraft werden in evenredigheid met hetgene hij werkelijk verrigte. Die uit eigene beweging van het volbrengen eener misdaad afziet, moet in die zelfde evenredigheid, doch met eene nog mindere straf gestraft werden.

[Hiddema-Jongima § 7.]

85. Criminel Wetboek vor het Koningrijk Holland; prom. 31. Dec. 1808. val. d. 1. Febr. 1809.

Art. 15 [**Versuch**] [bestimmt viel geringere Strafe für Rücktritt].

85a. Ontwerp van een Wetboek op het Strafregt voor het Koningrijk der Nederlanden, 1827.

Art. 26. [**Versuch.**] [Bedeutende Strafmilderung bei Rücktritt.]

86. Ontwerp van een Wetboek van Strafregt met Toelichting en Bijlagen.

's Gravenhage, Gebr. Belinfante 1879.

Titel IV. Poging tot misdrijf.

Art. 55. Abs. 1. Poging tot misdrijf is strafbar, wanneer het voornemen des daders zich door een begin van uit voering heeft geopenbaard en de uitvoering alleen ten gevolge van omstandigheden van zijnen wil onafhankelijk niet is voltooid.

87. Het Wetboek van Strafrecht. [= Niederl. St.-G.-B. v. 3. M. 1881; Deutsch, Berlin und Leipzig 1881.]

Art. 45 Abs. 1 [**Versuch**] = Ontwerp Art. 55 Abs. 1, s. o.!

§ 52. Dänemark.

88. Almindelig borgerlich Straffelov (1866). Kjobenhavn 1867.

§ 45. Abs. 1 [„**Versuch**"].
„ 2 [Rücktritt straflos].
„ 3 [Dabei bleiben jedoch ev. strafbar „selvstandige forbrydelser.]

§ 60. [**Thätige Reue**]

§ 53. Schweden.

89. St.-G.-B. v. 16. Febr. 1864. [cit. n. d. franz. Uebersetzung] kennt im Allg. Teil keinen Versuch. Im Spec. T.:

Cap. VIII. [**Hoch- und Landesverrat.**] § 7. [Strafe des Versuchs. Sehr erhebliche Strafmilderung, wenn] le coupable a, de son propre mouvement et non par suite d' empêchements extérieurs ou d' autres circonstances fortuites, prévenu tout effet dommageable de la dite tentative. —

Dagegen ist nichtfreiwilliges Abbrechen Begriffselement für die Strafbarkeit des Versuchs im Falle des

§ 10. Lorsque les infractions mentionnées au § 9 [Landesverrat] auront été tentées, si la tentative n' a manqué son effet

que par des circonstances indépendantes de la volonté de l'auteur, celui-ci sera condamné etc.

Ebenso, also Straflosigkeit im Falle des

Cap. X § 16. (**Versuch der Gefangenenbefreiung.**)

Cap. XIV § 2 (— **des Mords**).

Cap. XIV § 18 Abs. 2 (— **der Vergiftung**).

Cap. XIV § 23 (— **des Kindesmords**).

Cap. XIX § 9 (— **des Sinkenmachens eines Schiffes und des Seeversicherungsbetruges** §§ 7, 8).

Dagegen gewährt bloss Strafmilderung

Cap. XIX § 6 Abs. 2 (— **der Brandstiftung b. Wiederlöschen**).

§ 54. Norwegen.

90. Den norske Straffelov.

Lov angaaende forbrydelser af 20 de August 1842
og
Lov indeholdende forandringer i samme af 3 die Juni 1874
Kristiania 1874.

Tredie [3.] Kapitel. Om Forsög.

§ 1 [„Versuch"].

§ 5 [Straflosigkeit des Rücktritts „af egen fri Villie"].

91. Forel obigt Udkast til.

Almendelig borgerlig Straffelov for Kongeriget Norge
Kristiania 1887.

Tredie [3.] Kapitel. Om forsaet og Uagtsomhed og om forsög.

§ 49. [„Versuch"].

[Straflosigkeit des Rücktritts „af egen fri Villie".]

§ 55. Frankreich.

92. Code v. 1791

parte II tit. 2 sect. I art. 16 (**Empoisonnement**).

Si toutefois avant l'empoisonnement effectué ou avant que l'empoisonnement des aliments et breuvages ait été découvert,

l'empoisonneur arrêtait l'exécution du crime, soit en supprimant les dits alimens ou breuvages soit en empêchant qu' on en fasse usage, l'accusé sera acquitté.

93. Loi 22 Prair an IV. [Tentative].

Considérant que le Code ne prononce aucune peine contre les tentatives de vol, d' incendie et des autres crimes, à l'exception de l'assassinat et de l'empoisonnement,

le conseil des Cinq Cents prend la résolution suivante: toute tentative de crime manifestée par *des actes extérieurs et suivie d'* un commencement d' exécution, sera punie comme le crime même, si elle n' a été suspendue que par des circonstances fortuites, indépendantes de la volonté *du prévenu.*

94. Code 1810.

Art. 2. Toute tentative etc. = Loi 22 Prair. an IV.; du prévenu: de l'auteur.

95. Code Rev. 28 avr. 1832.

Art. 2. ≌ Code 1810 art. 2, mais: manifestée par [rel. del.!] un commencement d' exécution.

§ 56. Belgien.

96. Code Pénal Belge (1831).

Art. II § 1. [Tentative.] Toute tentative de crime, consommée par des actes tels qu' il n' est plus au pouvoir de son auteur d' en arrèter les effets, est considerée comme le crime même.

97. Code Pénal Belge

prom. 8. 6., publ. 9. 6., mis à exéc. 15. 10. 1867.

Art. 51 [corr. art. 2, 3 Code 1810. Tentative]. Il y a tentative punissable, lorsque la résolution de commettre un crime ou un délit a été manifestée par des actes extérieurs qui forment un commencement d' exécution de ce crime ou de ce délit, et qui n' ont été suspendus ou n' ont manqué leur effet que par des circonstances indépendantes de la volonté de l'auteur.

§ 57. Luxemburg.

98. Code Pénal Luxembourgeois. 15. oct. 1879.

Art. 52 ≌ Art. 62 C. P. Belge.

§ 58. Monaco.

99. Principauté de Monaco. Code Pénal.
Texte rev. 19. déc. 1874 [Ed. Monaco 1875.]

Art. 2 [Tentative] ≌ Art. 2. C. P. français.

§ 59. Italien.

100. Progetto di Codice penale pel regno d' Italia 1807
[in Collezione dei travagli sul Codice penale Brescia 1807 Bd. I und dazu S. 224—225 pp. Motive — Baumgarten S. 179]
(ausgearbeitet von Nani und Rafaelli).

Art. 69 § 1. L'attentato di delitto che sia stato sospeso dal pentimento non è punito.

§ 2. Se però il pentimento succeda ad atti che costuiscano un particolare delitto, l'attentante è punito per questo.

Art. 70. Se il delitto sia stato sospeso dal pentimento del mandatario dopo di aver accettato il mandato, è punito il mandante come colpevole di attentato.

101. It. provis. Codex vom 20. Mai 1808
erkennt die Straflosigkeit freiwilligen Rücktritts an (B. 180).
D. Decret v. 23. April 1812 ausser Kraft
1. Juli 1812 Code pénal.

102. Codice Penale pel Regno d' Italia v. 20. Nov. 1859.
„il codice sardo" (ebenso der Codice albertino und estense) [Pessina 243].

Art. 96. [**Tentativo.**] È punibile qualunque tentativo di crimine o di delitto, che sarà stato manifestato con un principio di esecuzione, se questa non fu sospesa o non mancò di produrre il suo effetto che per conseguenze fortuite od indipendenti dalla volontà dell' autore.

Art. 372. Se il testimonio o perito ritratta la **falsa testimonianza o perizia**, o palesa il vero in giudizio, prima che contro di lui sia instituito procedimento penale, o, in difetto di procedimento penale, prima della sentenza relativa alla causa in cui sarebbesi reso colpevole di falsità o di reticenza; la pena alla quale avrebbe dovuto soggiacere sara diminuita da uno a tre gradi.

Nei giudizi penali, il colpevole di falsa testimonianza o perizia, o di reticenza, non soggiace a pena semprechè nella orale discussione si ritratti o palesi il vero prima che sia dichiarato chiuso il dibattimento.

103. Decreto del 17. febbraio 1861.

È punibile il tentativo di crimine o delitto, quando la volontà di commetterlo è manifestata con atti di esecuzione, e questa per circonstanze fortuite ed indipendenti dalla volontà del colpevole fu interrotta o mancò di produrre il suo effetto.

104. Entwürfe (Progetti):

Progetto 1877.
Progetto Zanardelli 1883.
Savelli 1883.
Pessina 1885.
della Comm. d. Cam.
Tajani.
Zanardelli 1887.

[Tit. Progetto del Codice Penale per il regno d'Italia . . . - presentato dal Ministro di Grazia e Giustizia e dei Culti (Zanardelli) Seduta del 23. Nov. 1887.]

Progetto Zanardalli [die Abweichungen der früheren Entwürfe hie und da in ( ) beigefügt].

Art. 58 (dazu Relaz. Minist. p. 186; Progetto 1877 art. 61; Zanardelli 1883 art. 55; Savelli 1883 art. 55; Pessina art. 56; Commissione della Camera art. 67; Tajani art. 67) [Versuch; „**Tentativo**“:] Chiunque, nel fine di commettere un delitto, ne ha interpresa, con atti esteriori ed idonei, l'esecuzione, ma per circonstanze fortuite ed indipendenti dalla propria volontà non ha compiuto tutto ciò che è necessario alla sua consumazione è punito — —

Art. 59. [Fehlgeschlagener Versuch = Delitto mancato.]

Chiunque, nel fine di commettere un delitto, ha compiuto tutto ciò che è necessario alla sua consumazione, se questa non è avvenuta per circonstanze fortuite ed indipendenti dalla propria volontà, è punito — —

Art. 60. [Qualificierter Versuch.] Quando il colpevole ha volontariamente desistito dal compiere gli atti d' esecuzione di un delitto, soggiace soltanto alla pena stabilita per l'atto eseguito, ove questo costituisca di per sè un reato.

Thätige Reue (Pentimento operoso):

Art. 129. [Rücktritt von **Banden**; pol.]

Art. 159 Abs. 2 [**Peculato.** — Strafmilderung!]

Art. 191 Abs. 3. [**Unterschlagung** von Acten Documenten etc. — Strafmilderung.!]

Art. 204. [Calumnia. — Strafmilderung.] Quando il colpevole del delitto preveduto nell' articolo precedente [**calumnia**] si ritratta spontaneamente prima che sia pronunciata sentenza, o verdetto dei Giurati, sul fatto falsamente attribuito la pena e diminuita . . . ed è diminuita di due terzi, se si ritratta prima di qualsiasi atto di procedimento.

Art. 206. [**Falsità in giudizio**. — Straf**losigkeit.**] [Hieher gehört Abs. 1 Nr. 2o dess.: III 55. Va esente da pena il colpevole del fatto preveduto nell' art. 55 preced., se, avendo deposto in un dibattimento orale, ritratta il falso e manifesta il vero prima che il medesimo sia stato chiuso, o prima che la causa sia stata rinviata ad altra udienza. Abs. 2. Se la ritrattazione è fatta in tempo successivo, ... la pena è diminuita da un terzo alla metà, purchè la ritrattazione avvenga prima che sia pronunciata sentenza o verdetto dei Giurati nella causa in cui è stato deposto il falso; ma, se dalla falsa deposizione è derivato l'arresto di qualche persona od altro grave pregiudizio alla medesima, la pena è diminuita saltanto di un sesto.]

[S. dazu die interess. Rel. Min. II p. 116 ad art. 206 verb. Quanto agli effetti della **ritrattazione** in tempo utile . . . Straflosigkeit bei Widerruf hatten sämtliche Entwürfe vor 1883 anerkannt; ebenso der Cod. Pen. Tosc. art. 276. Ferner (p. 117): Dei codici vigenti in Europa alcuni espressamente promettono la

impunità al falso testimone ed al falso perito che si ritrattono. — Die Straflosigkeit sei Ausfluss des Princips, dass in dem ‚reato di falsa testimonianza‘ die ‚possibilità del danno‘ — notwendiges Element sei].

Art. 209. [**Falsità in giudizio.** — Nachheriger Widerruf — Strafmilderung.]

Art. 252. [**Falsità in monete** — Straflosigkeit.] Va esente da pena colui che, avendo eseguito o essendo concorso ad eseguire la contrafazione od alterazione di monete o carte di pubblico credito, è riuscito, prima che l'Autorità ne avesse notizia, ad impedirne la circolazione.

Art. 313. [**Gemeingefährliche Verbrechen.** — Strafmilderung.] Quando il danno alle cose derivato da taluno dei delitti preveduti nelle dispozioni contenuti nei due primi capi de tit. presente (delitti contro l'incol. pubblica [gemeingef.]) è assai tenue, ovvero se il colpevole, mosso da pentimento si è adoperato ad impedirne o a diminuirne le conseguenze, le quali risultarono assai lievi, la pena può essere diminuita da uno a due terzi.

Art. 325. [**Entführung** — Strafmilderung bei Reddition der persona rapita.]

Art. 411. [cf. Rel. Min. II, 410 s. — **Eigentumsdelicte** (furto, truffa e altre frodi, appropriazione indebita, ricettazione) — Rückgabe strafmildernd:]

Quando il colpevole di alcuno dei delitti preveduti nei capi I. IV. V. e VI. di questo tit. e negli art. 405 e 406 prima di ogni provvedimento giudiziale a suo riguardo a lui reso legalmente noto, ha spontaneamente restituito il tolto, ovvero, se per la natura del fatto o per altre circonstanze non essendo possibile da restituzione, ha risarcito spontaneamente e interamente il derubato o il danneggiato la pena è diminuita da uno a due terzi.

§ 60. Spanien.

105. Codigo Penal v. 1871 u. 17.7.76. Madrid 1884.

Art. 3°. [**Versuch.**] Son punibles, no sólo el delito consumado, sino el frustrado y la tentativa.

Hay delito frustrado cuando el culpable practica todos los actos de ejecución que deberían producir como resultado el delito,

y sin embargo, no lo producen por causas independientes de la voluntad del agente.

Hay tentativa cuando el culpable da principio á la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, y no practica todos los actos de ejecución que debieran producir el delito, por causa ó accidente que no sean su propio y voluntario desistimiento.

106. Proyecto de Código Penal. Madrid 1885.

Art. 19. Son punibles, el delito consumado, el frustrado y la tentativa de cometer un delito.

Las faltas solo se castigan cuando han sido consumadas ó frustradas.

Art. 20. Hay delito frustrado cuando los actos ejecutados por el culpable, con intento de cometer el delito, podrian haber sido por su naturaleza suficientes para producirlo, y sin embargo no lo producen por causas ó accidentes independientes de su voluntad.

Art. 21. Hay tentativa

1. Cuando el culpable, con intento de cometer el delito, da principio á los actos exteriorers de ejecucion necesarios para producirlo, y no los realiza todos por causa ó accidente que no sea su propio y espontáneo desistimiento.

cf. Art. 22. pp. propio y espontáneo desistimiento.

Art. 23. Abs. 4 Abstehen v. d. **conspiracion** „revelando à la autoridad publica el plan del delito y sus circunstancias“.

§ 61. Argentinien.

107. Codigo Penal de la Capital de la Nacion Argentina. Buenos Aires 1884.

[Vorbild offenbar hier Bayern 1813]

L.. I. S. I Tit. II. De la tentativa.

Art. 15. Hay tentativa siempre que con la intencion de cometer un crímen, se ejecutan actos esteriores que tienen por objeto la consumacion ó preparacion de ese crímen.

Art. 16. La tentativa no está sujeta á pena alguna cuando el agente desiste de su empresa, deteniendose en la ejecucion de ella, **no** por obstaculos esteriores, por impotencia ó casualitad, **sino** por un movimento espontáneo de su voluntad, de su conciencia, ó por piedad ó temor de la pena.

Art. 17. La ley presume el desistimiento voluntario, tocando por lo tanto á la acusacion probar, que la tentativa ha sido interrumpida por circunstancias furtuitas é independientes de la voluntad des autor.

Art. 18. El que se detiene en la ejecucion de un crímen voluntariamente, pero con la idea de consumarlo en otro tiempo, en otro lugar, sobre otra persona, ó de cualquier otro modo, será castigado como si hubiese dejado de cometerlo por circunstancias independientes de su voluntad.

Art. 19. En los casos en que la ley no castiga la tentativa de crímenes que tienen pena de muerte, presidio ó penitenciaria, el autor de la tentativa será sin embargo sometido á la vigilancia especial de la autoridad.

§ 62. Chile.

108. Codigo Penal de la República de Chile Santiago de Chile 1874.

[noviembre 12. de 1874.]

Art. 7. Son punibles, no solo el crímen o simple delito consumado, sino el frustrado i la tentativa.

Hai crímen o simple delito frustrado cuando el delincuente pone de su parte todo lo necesario para que el crímen o simple delito se consume i esto no se verifica por causas independientes de su voluntad.

Hai tentativa cuando el culpable da principio a la ejecucion del crímen o simple delito por hechos directos, pero faltan uno o mas para su complemento.

Art. 8 (Abs. 4). Exime de toda pena por la conspiracion o proposicion para cometer un crímen o un simple delito, el desistimiento de la ejecucion de éstos ántes de principiar a ponerlos por obra i de iniciarse procedimiento judicial contra el

culpable, contal que denuncie a la autoritad publica el plan i sus circunstancias.

§ 63. Perú.

109. Codigo Penal del Perú. Edicion Oficial. Lima 1862.

Art. 3. [Delito frustrado.] Hay delito frustrado, cuando perpetrado el hecho criminal no produce el mal que se propuso el culpable, por causas independientes de su voluntad.

. . . .

Art. 5. — [Confabulacion y Tentativa.]

En los casos de confabulacion ó tentativa, quedará exento de pena el delincuente, si acredita que suspendió la ejecucion del delito por su propia voluntad, ántes de causar daño.

§ 64. Cundinamarca.

110. Codigo Penal (Sancionado en 16. de Octubre de 1858.) Edicion oficial. Bogotá 1886.

Art. 9º. Pero si antes de proceder á la consumación del delito, los reos desisten voluntariamente de su intento, no se les impondrá pena alguna sino en los casos que expresamente determine la ley.

Art. 136. [**Traidores.**] Los que antes de ser descubiertos desistieren, voluntariamente de su intento, sólo serán apercibidos y puestos bajo la vigilancia de las autoridades por cinco años.

§ 65. Portugal.

111. O Digesto Criminal-Precursor do Novo Codigo Penal Portuguez.

Coordinado na conformidade do Cod. P. de 10. de Dez. de 1852, Reforma Penal de 1. de Julho de 1867 e nova Reforma Penal de 14 de Junho de 1884. Vende-Se 1884.

[v. 18. Juni 1884.]

Artigo 10º. (NR. 4º.)

São puniveis não só o crime consummado mas tambem o frustrado e a tentativa.

12º (NR. 6º).

Ha crime frustrado quando o agente pratica com intenção todos os actos de execução que deveriam produzir como resultado o crime consummado, e toda via não o produzem por circumstancias independentes da sua vontade.

13º (NR. 7).

Ha tentativa quando se verificam cumulativamente os seguintes nequisitos: . . . .

3º. Ter sido suspensa a execução por circumstancias independentes da vontade do agente, excepto nos casos especiaes em que a lei qualifica como crime consummado a tentativa de um crime; (NR. 7º nº 3º; cod. pen. art. 9º).

§. 66. Brasilien.

112. Codigo Criminal do Imperio do Brazil.
Rio de Janeiro. 1878.

Art. 2. Julgar — se — ha crime ou delicto:

§ 1. Toda a acção ou omissão voluntaria contraria ás Leis penaes.

§ 2. A tentativa de crime, quando fôr manifestada por actos exteriores e principio de execução, que não teve effecto por circumstancias independentes da vontade do delinquente.

§ 67. Russland.

113. Ihrer Kaiserlichen Majestät Instruction für die zur Verfertigung des Entwurfs zu einem neuen Gesetzbuche verordnete Commission. Gedruckt nach der zu Moscau in der Kaiserl. Universitäts-Druckerei 1767 gedruckten Ausgabe.

No. 201 S. 40: . . . Weil aber zwischen diesen Versuchen und der Vollbringung der Missethat vielleicht eine Zeit vorbeygehet: so wird man wohl thun, die schwerste Strafe der Vollziehung des Vb. vorzubehalten, damit man denjenigen, welcher die böse That vorhat, dadurch bewege davon abzustehen.

114. Russ. Entw. v. 1810 (v. L. H. von Jakob, Prof. in Halle) bestimmte, dass der vom Versuch Zurücktretende „keiner Criminalstrafe unterworfen seyn“ solle.

Der **Russ. Entw. Revision v. 1813** (Deutsch Halle 1818) dagegen, dass der pp. nur „einer geringeren Verantwortlichkeit“ unterworfen sein solle [Hiddema Jongsma; § 6 S. 41—43.]

[**Geltendes** Russ. Recht:]

115. G.-B. der Crimin. und Correct-Strafen . . . .
Uebersetzt in in der II. Abt. Sr. K. Maj. Eigener Canzellei. St. Petersburg 1866.

Art. 113. Wenn der die Vorbereitung eines Verbrechens oder bereits auch den Versuch derselben Begehende hierbei stehen blieb und aus eigenem Antriebe das Beabsichtigte nicht vollendete; so wird er nur in dem Falle einer Strafe unterzogen, wenn das von ihm bei dieser Vorbereitung und diesem Versuch Verübte an sich ein Verbrechen ist, und nur für dieses Verbrechen, nicht aber für dasjenige, welches zu verüben er früher beabsichtigte.

Anm.: Nach der Praxis des Senats 68/815 Sacharof bloss auf nichtbeendeten Versuch zu beziehen.

Nach dem Friedensrichter — Ustaf bleibt dagegen auch der vollendete Versuch straflos.

Art. 122. [**Complott.** Bei allseitigem freiwilligem Rücktritt Straflosigkeit ausser wenn schon der „Vorsatz“ mit Strafe bedroht ist. — Polizeiaufsicht zulässig.]

116. Russischer Entwurf.

Str.-G.-B. f. Russland. Allg. T. [Deutsch v.] Dr. X. Gretener. St. Petersburg 1882.

Art. 45. Der Versuch gilt als ein Strafmilderungsgrund nach Massgabe des Art. 53.

Der Versuch, den der Schuldige freiwillig aufgegeben . . . . bleibt straflos; ist aber das Verübte an und für sich gesetzlich verboten, so wird der Schuldige dafür zur Verantwortung gezogen.

Anm. A. 45 bez. sich auf beendeten wie unbeendeten Versuch; s. die Erläuterungen l. cit. S. 170—171.

Str.-G.-B. f. Russland. Bes. T. Verbrechen gegen die Person. [Deutsch v.] Dr. X. Gretener, Berlin 1885.

Art. 23 Abs. 2 [S. 14 l. cit.] fordert zur Strafbarkeit des Einfindens auf dem Kampfplatz, dass „der **Zweikampf** aus von dem Willen der Duellanten unabhängigen Gründen nicht erfolgte."

Str.-G.-B. f. Russland. Bes. Teil. Strafbare Handlungen gegen das Eigentum. [Deutsch v.] Adolf Baron Nolcken. St. Petersburg, Reichsdruckerei 1887.

Art. 489. Die in den Artikeln 486, 487 und 488 [**Fahrlässige gemeingefährliche Delicte**] vorgesehenen Handlungen werden nicht als verbrecherisch angesehen, wenn durch den Thäter selbst oder in seiner Anleitung der Verkehrsstörung, Überschwemmung oder dem Entgleisen des Eisenbahnzuges oder Sinken des Schiffes vorgebeugt oder die Wirkung des Feuers, der Sprengung oder der Überflutung bei ihrem Beginn unterdrückt worden ist.

Art. 491. [**Unterschlagung und Veruntreuung**].

Abs. 2. Wenn der Wert des fremden Eigentums ein geringerer war oder der zugefügte Schaden vom Schuldigen freiwillig ersetzt worden ist, so wird er mit einer Geldstrafe bis zu 50 R. [statt Arrest bis zu 3 Monaten oder Geldstrafe bis zu 300 R.] bestraft.

Art. 496 [**Entwendung.**]

Abs. 2. Wenn der Schuldige den zugefügten Schaden freiwillig ersetzt hat, so wird er mit Gefängnis [statt Gefängnis nicht unter 3 Mon.] bestraft.

Art. 500. [**Versicherungsbetrug.**]

Abs. 2. Wenn der Schuldige freiwillig die empfangene Versicherungssumme zurückerstattet hat, so wird er mit Gefängnis [statt Correctionshaus] bestraft.

Art. 504. [**Vermögensbenachteiligung durch Vollmachtsmissbrauch.**]

Abs. 2. Wenn der Schaden ein unerheblicher ist und vom Schuldigen freiwillig ersetzt worden ist, so wird er mit Arrest [statt Gefängnis] bestraft.

Art. 505. [**Veruntreuung und Entwendung in öffentl. Stellung.**]

Abs. 2. Wenn der zugefügte Schaden freiwillig vom Schuldigen ersetzt worden ist, so wird er mit Gefängnis [statt Correctionshaus] betraf

§. 68. Griechenland.

117. Ποινικὸς νόμος τοῦ βασιλείου τῆς Ἑλλάδος. Ἐν Ναυπλίῳ 1834. = Str.-G.-B. v. 18/30. Dec. 1834. [bilingue: griechisch und deutsch.]

Art. 51. Ist die Vollführung der beabsichtigten That nicht aus Zufall oder wegen äusserer Hindernisse unterblieben, sondern der Handelnde freywillig, es sey aus Gewissensregung, aus Mitleid oder aus Furcht vor der Strafe von dem Unternehmen abgestanden, so findet Strafe nicht, wohl aber Stellung unter besondere Polizeiaufsicht statt.

Ferner Cap. VII. Von den Gründen, welche die Strafbarkeit ausschliessen oder tilgen.

Art. 113—115 [Thätige Reue; wie Bayr. Entw. 1822, Art. 98—100 w. s]

§ 69. England.

Criminal Code (Indictable Offences) Bill.

A. D. 1878.

Bill 178.] [41. Vict.]

p. 14. Section 32. Abs. 1. Z. 25—30. Attempts to commit offences.

An attempt to commit an offence is an act done with intent to commit that offence, forming part of a series of acts which] would have constituted its actual commission if that series of acts had not been interrupted either by the voluntary determination of the offender not to complete the commission of the offence, or by other causes.

Geltendes Englisches Recht, s.

Sir James Fitzjames Stephen. K. C. S. J., Q. C.

A. Digest of the Criminal Law (Crimes and Punishments.)

By

. . .

London, Macmillan and Co. 1877.

Art. 49. p. 29.

Definition of Attempts.

An attempt to commit a crime is an act done with intent to commit that crime, and forming part of a series of acts which would constitute its actual commission if it were not interrupted.

The point at which such a series of acts begins cannot be defined; but depends upon the circumstances of each particular case.

An acte done with intent to commit a crime, the commission of which in the manner proposed was, in fact, impossible, is not an attempt to commit that crime.

p. 30:

The offence of attempting to commit a crime may be committed in cases in which the offender voluntarily desists from the actual commission of the crime itself.

Illustrations.

. . . . . .

(10.) *) A kneels down in front of a stack of corn, and lights a lucifer match, intending to set the stack on fire; but observing that he is watched, blows it out. A has attempted to set fire to the stack.

Ferner:

Shirley, W. Shirley M.A., A. Sketch of the Criminal Law. London 1880.

p. 3. A man may be convicted of an attempt, although he voluntarily desisted from the completion of the crime.

§ 70. Nord-Amerika.

Ich führe das Zeugnis von *May* und von *Harris-Force* an:

The Law of Crimes. By John Wilder May. Chief Justice of the Municipal Court etc.

Boston 1881. Little, Brown & Co.

p. 23. § 29 pp. Attempt.

an act which, should the crime be perpetrated, would constitute part and parcel of the transaction, but which does not reach to the accomplishment of the original intent, because it is prevented, or voluntarily abandoned.**)

---

*) R. v. Taylor, 1 f. et f. 511.

**) Steph. Dig. Crim. Law. art. 49; Lewis o State, 35 Ala. 380.

Principles of Criminal Law.
Bg. Seymour F. Harris, B. C. L., M. A. (Oxon.)
Barrister-at-law etc.
With additions and notes, adapting it to the American Law
by. M. F. Force, Prof. of Equity & Crim Law.
Cincinnati, Rob. Clarte & Co., 1880.

p 20.

It may be noticed that this consummation is prevented sometimes by the penitence of the party, sometimes by extrinsic causes. (d.)

(d.) Austin, 1098.

III.

Dogmatisch-criminalpolitischer Teil.

---

71. Rechtsgeschichte und Rechtsvergleichung zeigen übereinstimmend, dass fast durchweg die Gesetzgeber das freiwillige Ausschliessen des Schadenseintrittes durch den Thäter Straflosigkeit oder doch Strafmilderung bewirken lassen.

Soviel ist ja offenbar, dass ein derartiger Delinquent nicht auf gleicher Stufe mit einem solchen steht, der den Schaden, soviel an ihm liegt, eintreten lässt. Der Vergleich fällt zu Gunsten des ersteren aus. Es ist ganz selbstverständlich, dass dieser daher, wenn er überhaupt gestraft wird, so milder bestraft wird als jener, und wo ein Gesetz nicht ausdrücklich unseres Falles gedenkt, sorgt — so können wir mit der grössten Sicherheit vermuten, — die Praxis dafür, dass man beiden Fällen in verschiedener Weise gerecht wird. — Die Anomalie der Englischen Gesetzgebung, die durchaus keinen Unterschied zwischen diesen macht, wird gemildert durch den Umstand, dass die Strafe überall eine arbiträre ist, und es unmöglich ist, dass irgend eines Menschen Urteil bei freiwilliger Schadensabwendung nicht eine Wendung zu Gunsten des Delinquenten nähme.

Von der Englischen abgesehen haben sich die modernen Gesetzgebungen, in einem Falle (Rücktritt vom unbeendeten Versuch) wohl durchweg, für die Straflosigkeit entschieden. Ist dieselbe dogmatisch zu begründen?

Die Doctrin der letzten drei Menschenalter hat sich lebhaft mit dieser Frage beschäftigt. Deutsche, Niederländer, Italiener und Franzosen wetteifern in Versuchen, dieselben zu beantworten.

Die Deutsche criminelle Litteratur hat s. Z. mit gewohnter Gründlichkeit die Lösung der Frage unternommen. Ihre Versuche scheiterten jedoch und — in Folge dessen mag es kommen, dass die deutsche Litteratur in der zweiten Hälfte dieses Jahrhunderts mehr und mehr geneigt ist, die Straflosigkeit als ein ‚enfant terrible' anzusehen und strenge über sie abzusprechen. —

Hier kann es sich in erster Linie nur darum handeln, die Ansichten und Constructionen der modernen Deutschen Wissenschaft in Verbindung mit den verwandten des Auslands vorzuführen und zu kritisieren.

Aber auch eine Darstellung der Italienischen Doctrin, die sich mit unserer Frage in ganz hervorragender Weise beschäftigt hat, darf nicht fehlen. Wir referieren daher wenigstens die Ansichten der allerhervorragendsten Schriftsteller und fügen eine kurze Besprechung bei.

Die kurzen, aber treffenden Raisonnements der französischen Jurisprudenz, die in wesentlichen Punkten mit unserer eigenen Ansicht übereinstimmen, werden wir aus diesem Grunde bei unserer eigenen Entwicklung nachtragen. — —

Gleich im voraus mag übrigens bemerkt werden, dass die Straflosigkeit bei Thätiger Reue im Gegensatz zu der beim Rücktritt vom Versuch fast allenthalben höchstens als criminalpolitisch zu rechtfertigen betrachtet wird. Einer besonderen Darstellung sind wir daher völlig überhoben und tragen das Erforderliche bei der eigenen rechtlichen Begründung der Straflosigkeit nach.

I. Capitel.

Übersicht und Kritik der verschiedenen Ansichten über den Grund der Straflosigkeit.

72. Die deutschen Schriftsteller über unsern Gegenstand teilen sich zunächst in zwei Heerlager. Im einen ist man der Ansicht, dass die Straflosigkeit dem ‚tenor juris' entspräche, oder, wie man sich ausdrückt, einen Rechtsgrund für sich habe. Im andern wird das geleugnet. Aber auch hier ist man unter sich uneins.

Nur klein ist das Häuflein derer, die sich auf den Standpunkt der reinen Negative stellen und das Eingreifen der Straflosigkeit als ganz grundlos am liebsten beseitigen möchten; andere erkennen dasselbe als motiviert an, die einen durch politische Gründe, die andern durch die Billigkeit, wieder andre durch das Gefühl!

Doch wenden wir uns zunächst zu denen, die die Straflosigkeit in Harmonie mit den Grundsätzen des übrigen Strafrechts zu rechtfertigen unternehmen.

Hier ist in erster Linie *Zachariae* zu nennen. Denn Feuerbach, dem sonst der Vortritt gebühren würde, und den man in der Regel[164] als Vertreter eines Rechtsgrundes aufführt, hat in Wirklichkeit einen solchen nicht aufgestellt, sondern ist bei der kriminalpolitischen Behandlung der Frage stehen geblieben. Von ihm werden wir daher erst weiter unten zu sprechen haben.

Zachariae führt in seinem Werke über „die Lehre vom Versuche der Verbrechen" folgendes aus: „Gehen wir davon aus, „dass zur Strafbarkeit des Versuches teils eine äussere, dem „Gesetze widersprechende Thätigkeit, teils und hauptsächlich der „auf Übertretung des Strafgesetzes gerichtete böse Wille erforder- „lich ist, so dass also die bürgerliche Strafe des Versuches durch „die zu einer Handlung erfolgte Vereinigung beider wesentlichen „Erfordernisse bedingt wird, so muss notwendig die Strafe getilgt „werden, sobald das eine oder andre dieser Requisite rückwärts „annulliert wird. Hinsichtlich der äusseren Thätigkeit ist das „nun freilich unmöglich. Was einmal geschehen ist, kann nicht „ungeschehen gemacht werden, und ebenso kann da, wo der Wille „das Ziel erreichte . . von einer Annullation des Willens keine „Rede sein. Anders ist es dagegen, wenn der Handelnde mitten „auf der betretenen Bahn stehen bleibt und den seine bisherigen „Schritte leitenden Willen ändert oder aufgiebt. Hier wird der „vorhanden gewesene Wille rückwärts bedeutungslos und sowie die „moralische Gerechtigkeit den, der vor den zu überwindenden Mühen „zurückschreckt, jedes Anspruchs auf eine für das erstrebte Gute

[164] Nur *Lammasch* „Das Moment obj. Gefährlichkeit im Begriffe des Verbrechensversuches" Wien 1879 macht (daselbst S. 71) eine rühmliche Ausnahme, indem er ihn mit *Osenbrüggen* u. s. w. als Vertreter der Utilitätsgründe aufführt.



„zu gewährende Belohnung für verlustig erklärt und ihm auch „nicht einen Teil derselben zubilligen kann, so wird auch den- „jenigen, welcher zwar Böses bezweckte, allein freiwillig davon „abstand, die Strafe weder ganz noch teilweise treffen können."

Zu demselben Resultate komme man, wenn man eine den rechtlichen Zustand gefährdende Handlung erfordere.

„Denn nur der beharrliche böse Wille kann ein gefähr- „licher genannt werden . . . Der freiwillig von der Vollendung „Abstehende zeigt aber durch die That, dass er keinen festen „und beharrlichen bösen Willen hatte" u. s. w. „Von „einem solchen Menschen hat der rechtliche Zustand keine Gefahr „zu besorgen" u. s. w. [165]

Der Ausdruck, dass der Wille rückwärts annulliert werde, ist entschieden unglücklich gewählt. [166] Man kann wohl sagen, dass im Momente des Abbrechens jener böse Wille für die Gegenwart oder Zukunft bedeutungslos werde, aber rückwärts kann er nicht bedeutungslos werden. Zwischen äusserer Handlung und Wille kann in dieser Weise nicht unterschieden werden, denn es handelt sich hier wie dort um Thatsachen, dort, dass gehandelt wurde, hier, dass ein gewisser Wille vorlag, korrekter: dass ein gewisser (böser) Vorsatz vorhanden war und der Wille demselben entsprach. [167] Thatsachen gehören der Geschichte an und ‚praeterita revocari non possunt'.

---

[165] *Zachariae*, Lehre vom Versuch der Verbrechen, II, 1839. § 256 bes. S. 240—242.

[166] Selbst von Anhängern der Ansicht betont; s. *Luden*, Handbuch (1847) S. 420 f. Note 8.

[167] Nach der Terminologie der englischen Philosophie intention opp. will. Vergl. James *Mill*, Analysis of the Phenomena of the Human Mind. II Chapter XXV (Intention). (II. Aufl. 1878 b. Longmans, Green Co. i. London.) When the action is immediate, we are not said to intend, but to will it; an action intended, is an action of ours contemplated as future, or certainly to be. S. ferner nam. Christoph *Sigwart*, Der Begriff des Wollens und sein Verhältnis zum Begriff der Ursache. Programm der Tübinger philosophischen Fakultäten. Ostern 1879; auch in: Kleine Schriften (Freiburg i. B. u. Tüb. 1881) Bd. II S. 115—211 (cit. n. diesen). *Sigwart* erklärt sich gegen den strikten wissenschaftlichen Gebrauch von Wille (i. S. v. „Thätigkeit, welche eine bestimmte Bewegung unmittelbar hervorruft" l. c. S. 137), namentlich da dieser mit dem allgemein üblichen in Kollision geraten würde. Ausserdem würde er eine unzulässige Isolierung des Willens-

Das hat man denn auch in allen Variationen dagegen eingewendet und auch das Osenbrüggen'sche[168] Wort: ,Thatsachen sind unerbittlich' ist bei dieser Gelegenheit gesprochen worden. Viele halten damit die Ansicht für abgethan, so Bauer[169], Osenbrüggen[170] selbst, John[171], Meyer[172], Schütze[173], Schwarze[174], neuerdings auch Hälschner[175]. Und in der That ist dieselbe gerade bei Annahme von *Zachariaes* eigenen Prämissen, und abgesehen von der Möglichkeit der Annullation, nicht zu rechtfertigen. Dies betont *Köstlin*[176]. Zachariae könne von seinem objektiven Standpunkt aus diese Begründung gar nicht vertreten, wogegen dieselbe vom subjektiven aus richtig sei. Er hat sie daher in der That adoptiert, sogar im Ausdruck, und so spricht er denn von der rückwärts geschehenen Annullation[177] des Dolus, ohne Anstoss zu nehmen. Er selbst begründet die Ansicht folgendermassen[178]: „Jene Aufhebung ist deshalb notwendig, weil „das Verbrecherische im Versuch nicht die äussere Handlung, sondern „lediglich die darin kundgegebene Absicht, ein bestimmtes Ver„brechen zu realisieren, ausmacht, eben diese Absicht aber im vor„ausgesetzten Falle hinwegfällt."

---

aktes der Bewegung enthalten, der doch nur Teil eines umfassenderen Vorgangs sei. S. 137—139 bes. a. E. — Es kann hier nicht näher auf diesen Punkt eingegangen werden. Jedoch thut eine Unterscheidung der Teile jenes „umfassenderen Vorganges" dringend not, vor allem in der Strafrechtswissenschaft. — Ich denke, diese Bemerkungen werden zum Verständnis des im folgenden angewendeten Sprachgebrauchs genügen. — Eine brauchbare Analyse des Wollens mit spezieller Rücksicht auf das Strafrecht wäre eine der dankerswertesten Aufgaben!

[168] *Osenbrüggen*, Abhandlungen I, 1857, S. 38.

[169] *Bauer*, Abhandlungen, 1840, S. 356, der mit Recht die angeblich „rückwirkende Kraft" . . . eine „wahre petitio principii" nennt.

[170] *Osenbrüggen*, Abhandlungen I, 1857, S. 37 u. 38.

[171] *John*, Entwurf zu einem Str.-G.-B. f. d. Nordd. Bund, 1868, S. 221.

[172] *Meyer*, Lehrbuch IV. A. 264 Note 43 citiert das Osenbrüggensche Schlagwort und erklärt, dass die nachträgliche Wiederaufhebung des strafrechtlichen Willens unmöglich sei.

[173] *Schütze*, Lehrbuch II. A. 140.

[174] *Schwarze* in G. A. II 431 f.

[175] *Hälschner*, Deutsches Strafrecht, I. 360.

[176] *Köstlin*, Neue Revision (1845) 392.

[177] l. c. 391.

[178] l. c. 395.

In seinem System[179] drückt sich Köstlin so aus: „Das Ver-„hältnis des Thatmoments zum Willensmoment besteht beim Ver-„suche darin, dass letzteres in ersterem sich als das den Charakter „des Thuns bestimmende Wesen reflektiert.

„Darin liegt:

. . . .

„c) dass dieses Thun seinen Charakter als Versuch wieder „verliert, sobald der Thäter die das Wesen darin ausmachende Ab-„sicht freiwillig wieder aufgiebt".

Aber auch bei dieser Motivierung ist nicht zu fassen, wie die Thatsache, dass sich doch schon das Willensmoment reflektiert hat, wieder aus der Welt geschafft werden kann. Der Umstand, dass jemand einen Versuch nicht fortsetzt, nimmt diesem doch nicht die Eigenschaft als Versuch. Die gegenteilige Behauptung ist reine petitio principii und selbst sprachlich unhaltbar.

Gleichfalls in dem Satze, dass der Versuch im Momente des Abstehens aufhöre Versuch zu sein, kulminiert die Ansicht von *Berner*[180] und *Hälschner.*[181]

Ersterer formuliert dieselbe in seinem Gutachten für den XIII. Deutschen Juristentag dahin:

„Indem der freiwillige Rücktritt die Richtung der Handlung „auf die Vollendung aufhebt, nimmt er der Handlung den Charakter „des Versuches. Dieser Charakter aber besteht darin, dass der „Wille die That überragt. Durch den freiwilligen Rücktritt wird „aber der Wille auf die gleiche Höhe mit der That herabgesetzt, „so dass die Handlung nicht mehr als Versuch bestraft werden „kann, sondern nur noch insofern strafbar bleiben würde, als sie „an sich schon ein anderweitiges vollendetes Verbrechen enthielte."

Aber was vorliegt, ist doch schon ein Versuch, bei dem offenbar „der Wille die That überragt!"

Hälschners frühere Ansicht ist in seinem System[181] dahin präzisiert:

---

[179] *Köstlin,* System (1855) § 84 S. 231.

[180] *Berner* in „Verhandlungen des XIII. Deutschen Juristentages" Berlin 1876, I 134.

[181] *Hälschner,* System I, S. 199 f.

„Wo von Rücktritt die Rede sein soll, muss in allen Fällen „eine wirkliche Versuchshandlung vorliegen, die aber, mag sie be„endigt sein oder nicht, aufhört Versuch zu sein, sowie durch „freiwilliges Verhindern des Erfolges ihr die ursächliche Beziehung „auf diesen genommen wird.“

Hälschner selbst hat[182] diese frühere Meinung aufgegeben. Von ihr gilt dasselbe, wie von den bisher erwähnten. Eine wirkliche Versuchshandlung, die aufhört Versuch zu sein? Gewiss hört sie auf, dies zu sein, nämlich in dem Sinne, dass sie nicht fortfährt es zu sein, mit andern Worten, dass sie keine Fortsetzung in der Richtung nach der Vollendung zu findet. Aber die Lebensdauer, die sie hinter sich hat, bleibt ihr natürlich erhalten, und dass sie nicht länger lebt, kann an dem Umstand nichts ändern, dass sie gelebt hat. Das Feuer brennt, jetzt wird es gelöscht, es hört auf zu brennen; — wer will, kann auch sagen, es hört auf, Feuer zu sein; aber für die Zeit, wo es gebrannt hat, ist es Feuer gewesen, und daran wird die Ewigkeit nichts ändern. — — —

Diese Theorien möchte ich sämtlich mit dem Namen „**Annullationstheorieen**“ bezeichnen. Sie behaupten, dass ein etwas annulliert werde, konkret ausgedrückt, dass durch den freiwilligen Rücktritt der Versuch aufhöre, Versuch zu sein, indem der dolus annulliert werde und der objektive Teil des Thatbestands nicht allein die Strafbarkeit zu begründen oder vielmehr zu erhalten vermöge.

73. Korrekter ist der Gedanke *Ludens*, im Falle freien Rücktritts überhaupt das Vorliegen eines Versuchs zu leugnen. Dieser scharfsinnige, aber sehr zur Sophistik neigende Schriftsteller fordert nämlich zum Begriff des Versuches den „Willen der Vollendung“. Mit dessen Hilfe sucht er die Straflosigkeit als rechtliche Notwendigkeit darzuthun.

„Die Straflosigkeit desjenigen“, sagt er[183], „der den Versuch „aus eigenem Antriebe abbricht, folgt aus dem Begriffe und Wesen „des Versuches. Denn es liegt in diesem Falle im rechtlichen „Sinne noch gar keine Handlung vor, welche mit dem Willen der

---

182 *Hälschner*, deutsches Strafrecht § 151. S 360 f. u. Anm. 3.

183 *Luden*, Hch., Handbuch des teutschen gemeinen und partikularen Strafrechts, I 1847, § 69d S. 420.



„Vollendung begangen gewesen wäre. Zwar ist richtig, dass der „Thäter, ehe er seine verbrecherische Thätigkeit abbrach, bereits „mit dem Willen der Vollendung gehandelt hatte: aber dieses „Handeln kann nicht als ein selbständiges angesehen werden, welches „abgesondert von dem Abbrechen der verbrecherischen Thätigkeit „in Betracht kommen könnte. Denn die ganze verbrecherische „Thätigkeit ist von ihrem Beginne bis zu ihrer Beendigung eine „einzige ungeteilte Handlung: Sie kann zwar in einzelne Akte „zerlegt werden: aber sie ist dessenungeachtet nur eine einzige „Handlung, deren Einheit dadurch begründet wird, dass diese Akte „aus dem einen ungeteilten Willen der Vollendung hervorgegangen „sind. Deswegen fehlt es bei dieser ganzen ungeteilten Handlung „an dem Wollen, das Verbrechen zu vollenden, wenn dieser Wille „erlischt während des einen oder andern der Akte, die zu ihr ge„hören.“ Luden behauptet also: Ein Vollendungswille hat zwar vor dem Abbrechen schon vorgelegen, aber bei der „ganzen“ Handlung liegt er nicht vor. Diese nämlich ist die Gesamtheit derjenigen Akte, welche aus einem ungeteilten Willen der Vollendung hervorgegangen sind. — Sehr wohl! Aber zu diesen Akten kann doch unmöglich der Akt des Abbrechens gehören! Denn er kann nun und nimmermehr aus dem Willen der Vollendung hervorgehen! — Den offenkundigen Lapsus einigermassen für blöde Augen verdeckend, drückt sich Luden so aus: der Wille erlösche während eines j e n e r Akte. Aber mit diesem schliesst ja eben doch gerade die Handlung ab, mit diesem Akt, der doch noch selbst aus dem Willen der Vollendung hervorgegangen sein muss, findet sie ihre Beendigung, wird sie zu einer „ganzen“.

Luden fährt in seiner Begründung fort: „Wie die früheren „Akte, bei welchen der Thäter seinen verbrecherischen Willen noch „nicht aufgegeben hatte, nicht als selbständige Handlungen hätten „in Betracht kommen können, wenn er in seiner verbrecherischen „Thätigkeit fortgeschritten wäre, so kann der Umstand, dass er „dieselbe abgebrochen hat, nicht bewirken, dass sie als selbständige „Handlung angesehen werden müssen“.

Warum nicht? Luden hat ja gerade selbst den Grund schon angegeben, weshalb die betreffenden Akte im einen Fall als selbständig zu betrachten sind, im anderen nicht. Dort bilden sie die Gesamtheit der Akte, welche aus dem Willen der Vollendung her-

vorgegangen sind, also die „ganze“ Handlung, was hier nicht der Fall ist. Hier hat der Wille der Vollendung mehr Akte emanieren lassen, dort weniger. Aber auf die Zahl der Elemente kommt es bei dem Begriffe der Gesamtheit oder des Ganzen doch wahrhaftig nicht an!

Mit diesen wenigen Worten dürfte die Luden'sche Theorie widerlegt oder vielmehr ihre logische Haltlosigkeit dargethan sein.[184] Wir brauchen daher nicht näher auf den Begriff des „Willens der Vollendung“ einzugehen, den Luden gleichfalls nicht klar gedacht zu haben scheint.

Im Gegensatz zur Annullationstheorie möchte ich die Luden'sche als **Nullitätstheorie** bezeichnen: jene nämlich nimmt an, dass der Wille getilgt werde, diese, dass er gar nicht vorhanden, bezw. im rechtlichen Sinne nichtig sei. Auch sie ist nicht ohne Anhänger geblieben, obwohl sie bei weitem nicht die Beachtung, wie die Annullationstheorie gefunden hat. Noch neuerdings hat sich ein namhafter Gelehrter[185] für sie erklärt.

74. *Zachariae* hatte, wie wir oben gesehen haben, gewisser massen subsidiär eine zweite Theorie aufgestellt, dahin gehend, dass im Fall des Rücktrittes eben doch nur ein schwacher böser Wille, jedenfalls kein fester, beharrlicher, vorliege.[186] Auch diese **Infirmitätstheorie**[187] ist nicht ohne Anklang geblieben. *Schwarze* z. B. erklärt sich gelegentlich[188] für dieselbe, obwohl er früher einmal[189] den Satz ausgesprochen hatte, dass „ein beharrlicher böser Wille“ nirgends als das Kriterium der Strafbarkeit in den Gesetzen aufgestellt werde“.

Die Straflosigkeit kann die Infirmitätstheorie schwerlich be-

---

[184] So viel ich aus der umfangreichen mir vorliegenden Litteratur ersehe, ist bisher die Luden'sche Theorie noch nicht widerlegt worden, während man die Annullationstheorie schon sehr bald angefochten hat (s. o.!). Äusserlich ist übrigens jedenfalls die Luden'sche Theorie viel blendender, und ist es daher umsomehr zu verwundern, dass sie gegenüber jener nur selten erwähnt wird. Denn die Konfusion, die ihr zugrunde liegt, scheint man ja eben gerade nicht erkannt zu haben.

[185] *Seeger* in G.-A. XVIII S. 233.

[186] *Zachariae*, Lehre vom Versuch II 241.

[187] Im Gegensatz zur Annullations- und Nullitätstheorie.

[188] *Schwarze* in von Holtzendorff, Handbuch, II 1871, S. 30‌5.

[189] G.-A. II (1854) S. 433.

gründen: schon Bauer[190] hat gegen sie eingewendet, dass sie die Strafmilderung zwar zu erklären vermöchte, für jene aber kein irgend zwingendes Argument enthielte.

Unserer Ansicht nach vermag nur die **Präsumptionstheorie** die Straflosigkeit des freiwilligen Rücktritts als juristische Konsequenz zu rechtfertigen. Ihre Darstellung bleibt für unten vorbehalten, wo wir auch den Beweis zu führen gedenken, dass jede andere Basis der Versuchsstrafe die Impunität des abgebrochenen Konates nicht zu stützen vermag.

Für sie gilt, was Hepp[191] vor mehr als einem halben Jahrhundert aussprach: „Es giebt keinen allgemein gültigen oder absoluten Rechtsgrund für die gänzliche Straflosigkeit des Thäters, d. h. keinen, der von allen Parteien auf gleiche Weise anerkannt würde“.

Am wenigten freilich hat Zachariae durch seine Hypothese diese Behauptung widerlegt, obwohl seine Theorie angeblich alle Parteien befriedigen[192] soll! — —

75. Wenden wir uns zu denen, die einen Rechtsgrund leugnen!

Die meisten unter diesen halten aus politischen Gründen die Straflosigkeit für geboten und verfechten dieselbe von diesem Standpunkt aus mit aller Lebhaftigkeit.

Die erste Stelle gebührt hier *Feuerbach*. Dieser führt in seiner Kritik des Kleinschrodischen Entwurfes[193] folgendes aus: „Nicht „genug, dass der Versuch gelinder bestraft werde als die Vollend- „ung; der Staat muss unter gewissen Voraussetzungen auf Straf- „drohung völlig Verzicht thun, wenn er nicht, um den Versuch zu „verhüten, das Verbrechen selbst befördern will. Dies ist der Fall, „wenn der Verbrecher freiwillig von dem Wege des Unrechts zu „dem Wege der Gerechtigkeit umkehrt, wenn die That nicht wider „Willen des Verbrechers unvollendet blieb, sei es aus Furcht vor „der Strafe oder aus Regung des Mitleids, oder wegen des er-

---

[190] *Bauer*, Abhandlungen, I (1840) S. 356.

[191] *Hepp*, Versuche, Heidelberg 1829, S. 308 ff.

[192] *Zachariae*, Versuch, § 257 S. 242—244, wo er nachzuweisen glaubt, dass alle Parteien befriedigt sein müssten!

[193] *Feuerbach*, Kritik des Kleinschrodischen Entwurfs, II (1804) S. 102—104.

„wachten Gewissens oder anderer innerer Ursachen. Lässt der „Staat den Menschen nicht ungestraft die schon unternommene „That bereuen, so nötigt er gewissermassen, das Verbrechen zu „vollenden. Denn der Unglückliche, der sich zu einem Verbrechen „fortreissen liess, weiss ja sonst, dass er schon Strafe verschuldet „hat, dass er nichts Grosses mehr durch Reue zu gewinnen und „durch die Vollendung der That nichts Bedeutendes mehr zu ver-„lieren hat". Namentlich müsse Straflosigkeit auch dann eintreten, wenn der Thäter aus Furcht vor der Strafe abgestanden sei. „Es „wäre beinahe hier ein Widerspruch der strafenden Gerechtigkeit „mit sich selbst, wenn sie diejenigen bestrafen wollte, die durch „sie abgeschreckt die That unterlassen haben".

Der letztere Passus hat den Anlass gegeben, die Feuerbach'-sche Ansicht als Rechtsgrund zu verstehen. So fasste dieselbe schon Henke[194] auf. Durchaus mit Unrecht. Feuerbach nämlich hält es ja für nötig[195], dass der Staat auch schon von denjenigen Handlungen durch Strafdrohungen abschrecke, „die zwar noch nicht das Verbrechen selbst, aber doch die Vorbereitung oder der Anfang des Verbrechens sind". Wer das behauptet, dem muss es doch natürlich ganz konsequent erscheinen, dass ein jeder, der sich nicht hat abschrecken lassen, auch gestraft wird. Nur, meint Feuerbach, würde das, praktisch genommen, verkehrt sein. Denn der Staat will eben an erster Stelle doch von der Vollendung des Verbrechens abschrecken, erst in zweiter Linie steht ihm der Versuch. Vermag er daher die Vollendung zu verhindern, so zahlt er gern den Preis dafür und verzichtet auf die Versuchsstrafe. Diesen und keinen andern Sinn kann jene Stelle nach dem Vorhergehenden haben, und es kann daher keine Rede davon sein, dass Feuerbach einen Rechtsgrund habe damit statuieren wollen. Denn was rationellen gesetzgeberischen Intentionen entspricht, braucht deshalb noch nicht mit dem ‚tenor juris' zu harmonieren.

In seinem Lehrbuch[196] geht Feuerbach nicht näher auf die Frage ein, sondern stellt sich einfach auf den Standpunkt des ge-

---

[194] *Henke*, Handbuch des Kriminalrechts und der Kriminalpolitik, I S. 258.

[195] *Feuerbach* l. c.

[196] *Feuerbach*, Lehrbuch § 42 und Anm. b.

meinen positiven Rechtes, von welchem aus die Straflosigkeit anzunehmen sei. Übrigens nimmt er noch in seiner Kritik keinen Anstand, dem zurückgetretenen Thäter „wegen der bewiesenen Neigung zur That", die ihm „leicht über den Kopf wachsen und morgen den Mut zur Ausführung geben kann", einen Verweis durch den Richter ev. unter Mitwirkung eines Geistlichen erteilen zu lassen. Auch findet er es „nicht unbillig, dass ein solcher unter besondere Aufmerksamkeit der Polizei gestellt wird". Bei zweitem freiwillig aufgegebenen Versuch will Feuerbach eine „gelinde Ruthenzüchtigung vor Gericht"; das dritte Mal Anwendung der Versuchsstrafe. Die Feuerbachische Straflosigkeit ist also keine so unbedingte, und von einem Zuge der Ängstlichkeit ist sie nicht frei. Der Polizeistaat des vorigen Jahrhunderts war eben noch nicht überwunden!

In sein Lehrbuch hat Feuerbach keine Beschränkungen der Straflosigkeit aufgenommen.

Die Anmerkungen[197] zum Strafgesetzbuch für das Königreich Bayern geben als Grund der Impunität an, teils dass der Thäter „durch thätige Reue diese Schonung verdient", teils dass „dem Staate daran liege, Verbrechen in ihrer „Entstehung zu verhindern und eben die hier zugesicherte Straf„losigkeit ein starker Antrieb für den Übelthäter sei, der Stimme „seines Gewissens zu folgen und sich durch freiwillige Abbrechung „des Versuches die Straflosigkeit zu erwerben". Es ist also neben der Billigkeit der Feuerbachische Grund, der hier zum Ausdruck gelangt.

Der letztere hat auch in der Schweiz Eingang gefunden und das St. Gallische Str.-G.-B. von 1819 hat ihm sogar im Gesetze selbst Ausdruck verliehen[198]. Es heisst nämlich daselbst § 52:

„Wäre aber die Ausführung der That aus eigener Bewegung „des Thäters unterlassen worden, so bleibt der gethane Versuch

---

[197] Anm. ad § 58 Bayr. Str.-G.-B. (Bd. I S. 181).

[198] S. *Hiddema Jongsma* § 5 (S. 38—40), (Titel: Disp. jur. inaug. de quaest.: An delinquendi conatus poena sit afficiendus, si delinquens mutato consilio, sponte et ultro, nulla ratione extrinsecus accedente coactus, a delicto consummando et conficiendo . . . abstineat. Groningae 1828 [enthält ausser einigen brauchbaren Notizen nichts Wertvolles]).



„straflos, weil die Klugheit rath, jedermann den Rückschritt vom „Verbrechen zu erleichtern“.

Wie wir oben gesehen haben, sind viele der Deutschen Gesetzgebungen dem gleichfalls gefolgt. Aber auch die Wissenschaft acceptierte fast durchweg diese kriminalpolitische Begründung, sofern sie nicht einen Rechtsgrund annahm.[199]

76. Freilich fehlte es auch nicht an Gegnern. Teils führten dieselben aus, dass kriminalpolitische Rücksichten nur eine Strafminderung empfählen, teils dass ein psychologisches Einwirken der in Aussicht gestellten Straflosigkeit überhaupt nicht anzunehmen sei.

Gegen die ersteren[200] ist mit Bauer[201] zu bemerken, dass „von der blossen Zusicherung einer Strafmilderung man diese Wirkung um so weniger zu erwarten haben würde, je seltener der Erfahrung zufolge selbst die Aussicht auf gänzliche Straflosigkeit den gehofften Erfolg hat“.

Die zweite Ansicht hat Hepp[202] aufgestellt, gewiss ohne jemand durch die beigebrachten Gründe zu überzeugen. Wenn aber auch Schütze[203] im Anschluss an Geyer[204] erklärt: Man könne ebensogut sagen: das gewollte Verbrechen werde um so eher unternommen, wenn strafloses Aufgeben immer noch offen stehe, so muss man das Zutreffen dieser Bemerkung wohl einigermassen in Zweifel ziehen. Es ist nämlich zu erwidern, dass die Aussicht, straflos zurücktreten zu können, eine äusserst precäre ist. Denn sind wirkliche Hindernisse vorhanden, tritt ja gar keine Straflosigkeit ein. Sind aber keine vorhanden, dann wird allerdings der Thäter durch den Rücktritt straflos. Aber für diesen Fall wird er ja doch gerade seinen Rücktritt nicht in Aussicht nehmen. Denn warum handelt er dann überhaupt? Es müsste also schon eine ganz anomal unentschlossene Natur sein, die gleich im voraus die Eventualität eines freiwilligen Rücktritts, d. h. die Möglichkeit ins Auge fasst,

---

[199] *Bauer*, A., Abhandlungen aus dem Strafrechte und Strafprozesse, Bd. I, Göttingen 1840, S. 358 „der wahre Grund . . . Strafpolitik“.

[200] Namentlich *Hepp*, Versuche 1827, S. 316.

[201] *Bauer*, Abhandlungen I S. 358.

[202] *Hepp*, Versuche, 1827, S. 317 ff.

[203] *Schütze*, Lehrb. II. A. (1874) S. 141 Anm. 37.

[204] S. cit. *Geyer* Holtzend. R.-Enc. S. 679.

dass ihr im Laufe des Handelns, ohne dass Hindernisse vorhanden wären, das angestrebte Ziel nicht mehr begehrenswert scheinen sollte. Und selbst ein derartiger Sonderling müsste sich doch sagen, dass er sich jedenfalls in Gefahr begiebt, in eine Gefahr, die durch jene Möglichkeit nicht aufgewogen wird. Denn sowie nach einem Anfang der Ausführung wirkliche Hindernisse eintreten, ist er ja der Strafe verfallen! — Übrigens wird bei einer solchen Unbestimmtheit des Wollens, wie es in jenem Falle vorausgesetzt werden muss, oft überhaupt kein strafrechtlich relevanter Thatbestand vorliegen. Wenn nämlich jemand beim Beginn seiner Thätigkeit noch gar nicht entschlossen ist, die Vollendungshandlung zu vollziehen, so liegt, wenn er abbricht, gar kein wirklicher Versuch vor[205]. Denn dieser fordert, dass der Wille nicht mehr in suspenso, sondern zur Vollendung entschlossen ist. Andererseits wird natürlich derjenige, der den ernstlichen Entschluss zum Verbrechen gefasst hat, sicher nicht durch die Verheissung von Straflosigkeit beim Rücktritt angespornt. Denn dieser wird ja von seinem Wollen entschieden negiert. Dass aber umgekehrt jemand, der ein Verbrechen unternommen hat, bei der Ausführung leicht von Reue überfallen werden kann, ihn aber der Gedanke, dass er doch einmal — entdeckt — gestraft werden würde, leicht zur Vollendung anspornt, kann doch schwerlich bezweifelt werden[206]. Noch dazu wird das am ersten bei Neulingen

---

[205] Freilich wird das wohl häufig verkannt. Richtig v. Buri u. d. Reichsgericht. *v. Buri*, G.-S. XXXVIII (1885) Beilageheft S 141: Solange der Handelnde die definitive Gestaltung seines Entschlusses bis zu der nächsten in Aussicht genommenen Handlung hinausschiebt, erscheint . . . Straflosigkeit . . . selbstverständlich. — R.-G. N. 27. 5 87 (997/87): Strafbarer Versuch der Urkundenfälschung liegt in der Anfertigung einer gefälschten Urkunde in der Absicht und mit dem Entschlusse von dieser Urkunde unter gewissen Voraussetzungen Gebrauch zu machen, nicht aber dann, wenn der Entschluss noch ein unentschiedener war (Jur. W.-Schr. S. 400 f.)

[206] Elegant und treffend, wie immer, *Rossi*, Traité de Droit Pénal (Ed. Bruxelles 1829, p. 371) . . il importe aux individus et à la société qui a le devoir de les protéger, d'arrêter le crime dans son cours, de favoriser le désistement volontaire. Une sanction pénale quelconque contre la tentative abandonnée serait au contraire un aiguillon. L'interruption spontanée du crime est souvent le fait d'un homme encore sensible à l'honneur ou à la pitié. Mais qu'on place devant ses yeux le spectacle d'un procès criminel,



im Verbrechen der Fall sein und gerade um diese in Integrität der Gesellschaft zu erhalten, ist auch ein Gesetz, zu dessen tenor der Rücktritt nicht passt, die Straflosigkeit zu statuieren berechtigt.

Schütze[207] hält die Straflosigkeit „lediglich aus Billigkeit" für gerechtfertigt, indem diese anstatt der ausserordentlichen Hülfe durch Begnadigung einen ordentlichen Strafausschliessungsgrund gestaltet.

Auch Hälschner[208] spricht von Billigkeit, jedoch unter Anerkennung der kriminalpolitischen Gründe.

Meyer[209] erklärt als wahren Grund, dass in diesem Falle das äussere Gewicht der That mehr oder weniger hinwegfalle, insbesondere der Eindruck, den dieselbe zu machen geeignet sei. — —

77. An Stimmen, welche die Rationalität der Straflosigkeit verwarfen, hat es nie gefehlt, wenn sie auch einen längeren Zeitraum hindurch erloschen zu sein schienen. Hervorheben möchte ich aus der ersten Hälfte des Jahrhunderts besonders niederländische Juristen[210], vor allem *Lelièvre*[211]. Der ideale Schaden, der nach des letzteren Ansicht im Falle freiwilligen Rücktritts schon vorliegt, ist allerdings nicht völlig abzuleugnen, und werden wir weiter unten von ihm noch zu sprechen haben.

Ausserdem ist hier *Örsted*[212] zu nennen. Derselbe hat allerlei

---

qu'on frappe à l'avance ses oreilles de tout le bruit d'une procédure; la pitié saura se taire, et l'honneur sentira que déjà il est perdu.

207 *Schütze*, Lehrbuch II. A. S. 141 u. Anm. 38.

208 *Hälschner*, Deutsches Strafrecht I S. 361 „nur Rücksichten der Billigkeit und der Kriminalpolitik".

209 *Meyer*, Lehrbuch IV. A. (1886) S. 265 oben.

210 Cit. bei *Hiddema Jongsma*, Disp. jur. (Gron. 1828) S. 64: *Wintgens*, Disp. de con. del. (Gron. 1822) pp. 121—130; *J. A. Philipse*, Disp. de con. del. (Lugd. Bat. 1822) p. 95.

211 In seiner § 5 citierten Preisschrift.

212 *Örsted*, Abhandlungen, z. B. Bd. III (1826) S. 138—141: er schlägt vor, die Strafe nur bedeutend herabzusetzen.

praktische Bedenken, auch in Bezug auf die Beweisfrage[213]. Sein ‚Ceterum censeo' aber ist, dass „derjenige, welcher Handlungen, die auf die Vollführung des Verbrechens ausgehen, unternommen hat", eben schon „Strafe verwirkt" hat[214]. Dieser Grund wird unten[215] seine Würdigung finden.

In neuester Zeit hat sich vielfach in der deutschen Wissenschaft prinzipielle Opposition gegen die Straflosigkeit des Rücktritts erhoben. Hier beginnt die Reihe mit John, der in seinem oben erwähnten Entwurf

1. die Frage überhaupt für unpraktisch erklärte,
2. einen Rechtsgrund für unauffindbar erachtete,
3. alle kriminalpolitischen Gründe für nichts, oder eher das Gegenteil beweisend ansah.

Seeger und Schwarze haben den ersten Einwand für irrig[216] erklärt; den zweiten wird man allerdings vom Standpunkt der gewöhnlichen Versuchstheorieen aus gerechtfertigt finden; dass aber auf der Basis der Präsumptionstheorie, die ich für die allein richtige halte, ein Rechtsgrund zwingend begründet ist, denke ich im folgenden nachzuweisen; und was die criminalpolitischen Gründe betrifft, so können wir für ihre Berechtigung auf das oben Ausgeführte, sowie auf die daselbst citierte Äusserung Rossis verweisen.

Im wesentlichen gehören der Richtung von John an *Schütze*[217], *Geyer*[218]; auch *von Buri* hat sich neuerdings gegen die Straflosigkeit, wenigstens vom Standpunkt seiner subjektiven Theorie[219] aus erklärt.

Diejenigen Ansichten, welche nach der Meinung des Verfassers die Frage von dem richtigen Gesichtspunkte aus (dem der

---

[213] Namentlich I (Grundregeln der Strafgesetzgebung) S. 169: „Es ist nicht leicht auszumachen, ob die Ursache des Zurücktretens bloss in einem veränderten Entschluss oder in wirklichen oder vorgestellten äusseren Hindernissen liegt". Vgl. II S. 158—169, nam. 169, III S. 135—159.

[214] *Örsted*, Abh. III S. 141 f.; namentl. aber I (Grundregeln) S. 157.

[215] Nach der Darstellung der Hypothese des Verf. (III. Cap.)

[216] *Seeger*, G.-A. XVIII S. 232 f.; *Schwarze*, Komm. III. A. S. 130.

[217] *Schütze*, Lehrbuch, II. A., S. 141; vgl. oben S. 19 Anm. 1 de lege lata.

[218] *Geyer*, zuletzt in Grundriss I (1884) S. 131.

[219] *v. Buri*, G.-S. XXXVII (1885) Beilageheft S. 141.

Normübertretung und dem der Potentialität eines materiellen Schadens) betrachten, werden unten, nach der Darstellung der eigenen Hypothese, ihre Würdigung finden.

78. Wie schon die grossen italienischen Juristen des XVI. Jahrhunderts, so beschäftigt sich auch die moderne **italienische** Doctrin lebhaft mit dem Rücktritt vom Versuch und der Thätigen Reue.

Cremani,[220] der hier zuerst zu erwähnen ist, erklärt sich in einer beachtenswerten Ausführung[221] für eine bloss criminalpolitische Behandlung unsres Falles.

Der Begriff des Versuchs wird in der Manifestation des verbrecherischen Willens erblickt. Eine solche liegt aber auch vor im Falle freiwillig abgebrochenen Versuches. Daher — meint Cremani — sei auch hier nicht etwa eine Quasidelict[222], sondern ein wirkliches volles Verbrechen vorhanden.[223]

Trotzdem müsse dem freiwilligen Rücktritt Rechnung getragen werden, also Straflosigkeit oder doch nur geringe Strafe in diesem Falle eintreten. Dies fordere das Interesse der Bedrohten.[224] Denn dann bestünde die Hoffnung, dass der Thäter sich durch die Aussicht frei auszugehen von der Vollendung abhalten lasse.[225] Die Strafausmessung innerhalb der gewöhnlichen Schranken genüge nicht.[226] Wenn es keinen grossen Unterschied in der Bestrafung mache,

---

220 *Cremani*, Aloysi, Senensis, In R. C. Archigymnas. Ticinens. P.P. De jure criminali libri III. 3 voll. Ticini 1791—1793.

221 *Cremani*, l. c., I cap. V. De conatu delinquendi nr IV. p. 78 sq.

222 Das war früher *Cremani's* Ansicht gewesen; cf. l. cit. Note 3 p. 79.

223 *Cremani*, l. cit., p. 78. Ratio non ea est, quia nimirum quasi delictum, non delictum plenum in medio sit; etenim supervenientis poenitentiae non ea vis est, ut dicamus eum antea caruisse voluntate peccandi, qui voluntatem huiusmodi externis quibusdam signis notam omnibus fecit: vitio autem voluntatis plena delicta contrahi compertum est

224 P. 79: . . . eorum utilitas, quibus damnum ab eo imminet, qui delinquere conatur, quasi postulat, ut conatum vel nulla, vel levis poena maneat, si ob ipsius delinquentis poenitentiam effectu careat.

225 Spes namque est est fore ut is illectus desiderio poenam . . . . vitandi ab incepto scelere perficiendo revocetur . . .

226 . . . a quo non satis revocari patet, si, qui iam conatus est, Judicem paullo rigidiorem se inventurum, et aliquid acrius passurum fore intelligat.

dann werde er ruhig seine That vollenden. Erfolge der Rücktritt noch ganz im Anfangsstadium,[227] dann dürfe gar keine Strafe eintreten.[228] Sei schon ein Abschnitt des verbrecherischen Handelns zu Ende geführt, z. B. falsche Schlüssel angefertigt, so könne eine nicht gar harte Strafe Platz greifen.[229]

Alberto de Simoni[230][231] vergleicht die Strafe einer Medizin, welche um so wirksamer sei, je eher sie angewandt werde.[232] Das Wesentliche der Versuchsstrafe sieht auch er offenbar ganz wie Feuerbach[233] in der von der Vollendung abhaltenden Kraft der Strafdrohung.

Simoni scheint nun zwar nicht ausdrücklich den Schluss zu ziehen, dass aus diesem Grunde die Strafe zu cessieren habe, wenn schon die Strafdrohung genügte, d. h. den Thäter zum freiwilligen Abbrechen veranlasste. Dennoch dürfen wir dies wohl übereinstimmend mit Carmignani[234] ohne Bedenken als seine Ansicht ansehen.

Romagnosi[235] betrachtet in seiner Genesis[236] diejenigen Gründe, welche den Versuch innerhalb seiner begrifflichen Grenzen festhalten,[237] d. h. sein Fortschreiten zur Vollendung verhindern. Einer dieser Gründe ist auch das Nichtwollen.[238] Hier werden dann weitere Distinctionen gemacht.[239] — Auf die juristische Interpretation des willentlich abgebrochenen Versuches geht aber R., so viel ich sehe, nicht ein. Und so verbietet sich hier eine nähere

[227] . . . quae a perfectione criminis longe distant . . .

[228] Also ganz ähnlich wie die Teil I Cap. III referierte Ansicht des Menochius.

[229] . . . alicui poenae locus esse potest, sed non admodum gravi.

[230] *Simoni*, Alberto de —, . . . Dei delitti considerati nel solo affetto ed attentati. 2 voll. 3. Ed. Milano 1818.

[231] Vgl. nam. P. I C. VII, §§ VII—X. Simoni's Praemissen sind wesentlich dieselben, wie die Feuerbach's. —

[232] *Simoni* l. cit. p. 91 fin, 92.

[233] S. bei Anm. 193.

[234] *Carmignani*, Jur. crim. elem. § 245 Note 4.

[235] *G. D. Romagnosi*, Genesi del diritto penale, VII Ed. Milano 1840

[236] Parte IV. Libro I. Capo VII.

[237] „Delle cagioni che rattengono l'attentato entro i suoi veri confini“

[238] *Romagnosi* l. cit. § 724.

[239] *Rom.*, l. cit. § 725.

Betrachtung seiner interessanten rein philosophischen Ausführungen von selber.

79. *Carmignani*[240], dessen Name noch heute zu den gefeiertsten der classischen Schule in Italien gehört, hat sich mit Entschiedenheit gegen die Straflosigkeit im Falle des Rücktritts erklärt.[241]

Freilich nehmen manche[242] einen Widerspruch bei ihm an, da er an der einen Stelle erkläre, bei freiwilligem Abbrechen liege gar kein Versuch vor, an der andern dagegen einen solchen nur in geringerem Grade zurechnen[243] will. Doch der scheinbare Widerspruch[244] beruht auf einem Missverständnis, dem freilich selbst Carrara[245] erlegen ist. Der Verfasser schmeichelt sich, diesen Irrtum in der beifolgenden Anmerkung[246] aufzuklären, und den

---

240 *Carmignani*, Juris crim. elem. [Ich citiere in Ermangelung der lat. Ausgabe den lat. Text nach Baumgarten, Versuch, 225 f. — Mir liegt vor die italienische Übersetzung]: *Carmignani*, Elementi del Diritto Criminale. Vers. Dingl. II. Ed. Napoli 1854.

241 *Carmignani*, Note 2 ad § 245.

242 Z. B. auch *Baumgarten* Versuch S. 225.

243 Das „Zurechnen" hat natürlich eine andere Bedeutung wie in der Terminologie der Deutschen Criminalistik. „Maior imputatio" im Sinne von Carmignani würden wir etwa mit „grössere Strafwürdigkeit" übersetzen.

244 Derselbe soll zwischen § 238 und § 245 bestehen.

245 *Carrara*, Opuscoli I § 117. IV. Ed. (1885) p. 420: *Carmignani* oscillò . . . (§ 238 contro Nr. 4 al § 245!).

246 *Carmignani*, Jur. crim. elem. § 238.

Causae voluntariae omnes in attentantis poenitentia consistunt; cum scilicit is ab ulterius criminis actus assumendo desistit; quo casu conatus nec obiective nec subiective per regulam generalem subsistit.

Baumgarten S. 225 versteht das so, Carm. meine, „ein Versuch liege überall nicht vor, wenn der Thäter aus eigenem freien Entschluss zurückgetreten sei"; B. fügt hinzu „an einer anderen Stelle (§ 245) [s. u.] aber betrachtet er den freiwilligen Rücktritt nur als Strafmilderungsgrund, und widerlegt . . . ausf. die gegenteilige Ansicht u. s. w." — Ebenso offenbar *Carrara*, s. d. vorige Anm. —

In der That sehr schmeichelhaft für Carmignani, dass er sich innerhalb 8 §§ so vollkommen widersprochen haben soll!!

Jene Stelle § 238 soll heissen: „in diesem Falle bleibt ein Versuch weder objectiv noch subjectiv bestehen".

Was aber ‚obiective' und ‚subiective' bedeutet, ist § 228 erklärt: das eine heisst: der Absicht nach; das andere der Verwirklichung nach. Der Sprachgebrauch ist freilich ein dem unsern heutigen geradezu entgegen-

grossen Carmignani von dem Vorwurf einer kaum verzeihlichen Discordanz zu reinigen! —

Carmignani findet es zwar durchaus angemessen, dass dem Thäter der Rücktritt zu Gute komme;[247] dies geschähe aber in durchaus hinreichender Weise, wenn, ceteris paribus, die niedrigste Correctionalstrafe verhängt werde.[248]

Gegen die Straflosigkeit führt er an:

1) Der unmittelbare Delictsschade cessiert zwar, der mittelbare dagegen wird nicht völlig behoben.[249]
2) Jedem an den Tag getretenen delictuosen Bestreben ist durch ein proportionales Hinderniss, d. h. durch entsprechend abgestufte Strafe entgegenzutreten.[250]
3) Der Rücktritt beruht möglicherweise auf aufrichtiger Reue, häufig aber auch auf der Ueberzeugung von der Unausführbarkeit des Vorhabens. Es ist aber nie möglich, in concreto mit Sicherheit zu eruieren, ob wirklich ersteres der Fall ist.[251]

---

gesetzter! Danach bleibt also ein Versuch weder in der Absicht des Handelnden noch in der Verwirklichung des weiteren bestehen, d. h. er findet jetzt seinen Abschluss in jeder Beziehung; es überragt weder der Wille die That noch die That den Willen.

Die Italienische Übersetzung von Professor Garuana Dingli (2. Ed. Neapel 1854) fügt der grösseren Deutlichkeit ein ‚più' bei („nel qual caso per regola generale l'attentato più non sussiste, nè obbiettivamente nè subbiettivamente.")

Damit steht natürlich § 245 in vollem Einklang, wenn es heisst:

§ 245 . . . Maior imputatio conatus proximi quam remoti: minor cum delinquens sponte a conando desistit, quam cum praeter suam intentionem crimen perficere haud potuit. (2)

[247] *Carmignani* N. 2 ad § 245 . . . Concedam libenter, id legibus semper curandum esse, ut delinquenti poenitentia ante criminis perfectionem utilis sit.

[248] . . . si infirmus correctionalis poenae gradus, ceteris paribus, sanciatur.

[249] 1°. Quia etiamsi delinquentis poenitentia ante perfectum crimen damnum criminis immediatum impediat, damnum tamen mediatum penitus haud aufert.

[250] 2°. Quia omnes intentionis ad delinquendum nisus quamvis minimi, actibus tamen externis eliciti, aliquo semper proportionali obstaculo sunt impediendi, ne minima, quae crimen praeparat, externa actio impune exseri possit.

[251] 3°. Quia nunquam poenitentiae sinceritas ita innotescere potest, ut

4) Selbst im Falle des Rücktritts erscheint die Person des Thäters noch als eine delictuose. Ihrem Hang zum Verbrechen ist durch Correctionalstrafe entgegenzutreten.[252]

Von diesen vier Punkten kann der zweite und letzte nicht ernst genommen werden. Der erstere enthält eine Utopie, der letztere eine unbewiesene und in concreto kaum beweisbare Behauptung.

Was die Schwierigkeit des Beweises (Z. 3) anbetrifft, so ist dies ein Einwand, der auch sonst gemacht worden ist, und von dem wir bereits gesprochen haben,[253] und noch sprechen werden.

Dasselbe gilt von der Behauptung, dass ein mittelbarer Delictsschade bestehen bleibe.[254]

80. Sehr eingehend sind die Betrachtungen *Carraras*,[255] der Jahrzehnte hindurch, bis zu seinem jüngst erfolgten Tode, allgemein als Haupt der classischen Schule anerkannt wurde.

Als Hauptstelle dürfen wir wohl die Ausführung in dem Aufsatz: Grado nella forza fisica del delitto[255a] betrachten. Jedoch genügt für unsere Zwecke der Hinweis auf die Darstellung in seinem Programm.[256] Im Anschluss an Grotius[257] wird der Satz

---

aliqua haud obrepat suspicio, delinquentem ideo a conando destitisse, quia criminis perficiendi impossibilitatem praevidit.

[252] 40. Quia demum tametsi delinquentis poenitentia id operetur, ut delinquendi voluntas praecidatur, adeo ut imputationis civilis subiectum quodam modo evanescat id attamen non efficit, ut pravus delinquendi habitus omnino extinctus censeatur, qui correctionaliter coërcendus est. Heinc me non movent, quae contra disputat *Alberto de Simoni* l. c. P. I., cap. VII, § 8."

[253] Wir sahen, dass namentlich *Örsted*, Abhandlungen I (Grundregeln der Strafgesetzgebung) S. 160 u. s. s. Anm. 213 die Schwierigkeit der Beweisfrage als Gegengrund gegen die Opportunität der Straflosigkeit geltend machte.

[254] Unten bei der Besprechung von *Lelièvre's* Ansicht.

[255] *Carrara*, Francesco, Opuscoli di Diritto Criminale IV. u. II. Ed. Prato 1885 und 1882. 7 Bde. — Programma del Corso di Diritto Criminale Parte Generale. VI. Ed. Prato 1886. 3 Bde.

[255a] *Carrara*. Opuscoli I. sub. No. IX. p. 337 ff., namentlich §§ 116 bis 124, p. 420—426. Sehr bemerkenswerte und teilweise sehr treffende Ausführungen!

[256] *Carrara*, Programma, P. gen., I § 352 p. 312.

[257] *Grotius*, De jure belli et pacis, lib. 2, cap. 20 § 39 n. 4.

zu Grunde gelegt, dass der Versuch nur dann strafwürdig scheine, wenn er ein Übel zur Folge gehabt oder doch die dringerde Gefahr eines solchen mit sich geführt habe. Im Falle eines völlig freiwilligen Rücktritts liege aber absolut kein Delictsschade vor.[258] Möchte sich jener Versuch auch hundert Mal wiederholen, die äussere Ordnung würde dadurch nicht im mindesten gestört werden.[259]

Pessina's[260] Ansicht glauben wir nicht treffender und kürzer darstellen zu können als mit den Hegelschen Sätzen: Das Verbrechen ist Negation des Rechts; die Strafe Negation des Unrechts. Im Falle freiwilligen Rücktritts ist durch diesen das Verbrechen bereits negiert worden. Eine Negation durch Strafe ist daher nicht mehr nötig.

Pessina stellt einen geistreichen Vergleich an. Im Falle des Rücktritts liege ein gleiches Phänomen vor, wie in der physischen Welt: Zwei gleiche entgegengesetzte Kräfte heben sich auf.[261]

Aber wodurch wird zwischen dem Spiel beider Kräfte eine derartige Verbindung hergestellt, dass wir sie als ein Ganzes aufzufassen genötigt sind? Wir glauben denn doch, dass über diese Klippe nur die Praesumptionstheorie hinweghilft: das Spiel der ersten Kraft ist für uns nur von Bedeutung, wenn nicht

---

[258] *Carrara*, l cit. § 391 p. 345. È evidente che quando la causa impeditiva della consummazione fu volontaria nel senso testò (§ 385) definito, il danno meditato sparisce affatto.

[259] . . . ove cento volte si ripetesse, non potrebbe mai turbare di un atomo l'ordine esterno.

[260] *Pessina*, Enrico, Elementi di Diritto Penale. I. vol. Napoli 1882. [Das Werk, welches zu den besten der criminalistischen Litteratur überhaupt zählt, ist noch unvollendet.]

[261] *Pessina*, l. cit., p. 256.

2): Allorchè dal proponimento criminoso si passa all' esecuzione, ma l'eventus delicti non si avvera per volontà dello stesso agente, il conato cessa di essere incriminabile imperocchè in tal caso avviene quello stesso che incontra nel mondo fisico cioè che due forze eguali o contrarie si distruggono; l'attività criminosa è negata dall'attività che impedisce la violazione del Diritto, il delitto è negato, invece di apparire come una realità concreta; e però non v'è mestieri di quella negazione, del delitto, che viene come rimedio dopa la sua apparizione, e che consiste nel fatto sociale della pena.

eine zweite gleiche Kraft es zerstört. Aber diese Constructien wäre unvereinbar mit Pessina's bez. Ausführung.[262]

Das Recht wolle nicht nur, dass Leben, Freiheit und Eigentum des Menschen unverletzt blieben, sondern auch, dass nichts unternommen werde, welches die Verletzung jener Rechte beziele.[263] Dies letztere ist beim Versuch der Fall. Also enthält er eine Verletzung der Autorität des Rechtes. Es wird in ihm der Ungehorsam gestraft. — Wenigstens bei der Fassung, die Pessina wählt, wird man zugeben müssen, dass diese Ausführung zu der über den freiwilligen Rücktritt im Widerspruch steht.

Ein Ungehorsam im Sinne der ersteren liegt in letzterem Falle schon vor. Die Strafe ist also verwirkt. Denn der spätere Gehorsam vermag jene Thatsache nicht zu alterieren.

Aus diesen Gründen vermögen wir in Pessina's Constructionsversuch keine Lösung unserer Frage zu sehen. Auf seine trefflichen positiv-rechtlichen Ausführungen werden wir im IV. T. zu sprechen kommen.

II. Capitel.

Deduktion der Straflosigkeit aus dem Wesen des Versuchs im Gegensatz zu dem der strafbaren Handlung.

81. Wie lässt sich die Straflosigkeit des freiwillig abgebrochenen Versuchs (und der thätigen Reue[263]) begründen? Die Frage darf nicht getrennt werden von jener nach dem Grunde der prinzipiellen Strafbarkeit des Versuches. Und auf diese wiederum vermögen wir keine gegründete Antwort zu geben, wenn wir

---

[262] *Pessina*, l. cit. p. 239: „[Jl Diritto] non vuole soltanto che la vita, la libertà e la proprietà dell'uomo rimangano inviolate, ma che nulla si operi per violar quei diritti."

[263] Dass wir die „thätige Reue" hier mit hereinziehen, wird unten gerechtfertigt werden.



nicht zuvor Einblick gewonnen haben in das Wesen der strafbaren Handlung überhaupt.

Auszugehen ist von der Norm. Denn vernunftgemäss muss sich jeder pönalisierte Thatbestand auffassen lassen als die Übertretung eines (staatlichen) Gebots oder Verbots. Man kann ja eben doch nur strafen wegen einer Verschuldung. Diese aber setzt in Bezug auf ihren Gegenstand den Begriff der Vermeidbarkeit voraus. Meiden aber kann der Mensch etwas nur, wenn er weiss, dass er es meiden soll. Die Stimme, die ihm sagt, dass er es soll, ist die Norm. Diese wiederum kann nichts anderes sein als ein staatliches Gebot oder Verbot. Denn ob es eine Harmonie der inneren Stimme in den verschiedenen Menschen giebt, entzieht sich der Möglichkeit menschlicher Erkenntnis. Der Staat kann darauf nicht bauen — um so weniger, je zahlreicher seine Anforderungen an das Verhalten der ihm Gewaltunterworfenen und je verschiedener diese unter einander sind. Er muss also eine äussere Stimme erschallen lassen, welche gebietet und verbietet. Diese Stimme ist das Gesetz.

Was aber soll der Inhalt der Rede sein, welche die Stimme spricht?

Der Staat will Übel verhüten, d. h. Veränderungen der Aussenwelt, die menschlichen Zwecken zuwider sind.

Er gebietet aber nicht dem Naturkausalismus.[264] Nur über die Thätigkeit der ihm gewaltunterworfenen Menschen hat er teilweise Macht — diese wiederum bis zu einem gewissen Grade über das Eintreten äusserer Erfolge. Freilich unmittelbar herbeiführen vermag der Mensch Veränderungen der Aussenwelt nicht, nur eine Thätigkeit vermag er zu entfalten, ein Verhalten vermag er einzuschlagen, von welchem er jene erwartet. Berücksichtigt man dies, so kann man nicht im Zweifel sein, wie naturgemäss die staatliche Norm lauten muss. Nicht wird sie sagen: Du sollst nicht den Erfolg e bewirken, sondern: Du sollst kein Verhalten

---

[264] Vgl. zum folgenden: *Örsted*, Abh. I bes. S. 163 (1818). *Röder* bei Grünhut V (1878) S. 38—66. bes. 52—54. Beide stimmen mit mir darin überein, dass nicht der Erfolg, sondern das Verhalten das der Herrschaft der Strafgesetzes Unterliegende ist und daher an dieses die Strafe vernünftigerweise zu knüpfen sei.



einschlagen, von dem du den Eintritt jenes erwartet. Aber auch noch diese Form bedarf der Auslegung. Das Richtige trifft erst die Formierung: Du sollst kein derartiges Verhalten durchführen κτλ. Denn soviel ist ja selbstverständlich, dass nicht ein Teil des gedachten Verhaltens, sondern die Realisierung desselben in seiner Totalität die Erwartung des Erfolges und damit die Verletzung des Gesetzes begründet.

Zu untersuchen ist noch die Frage, wann ist das Verhalten abgeschlossen? Welcher Moment ist es, der dasselbe in eine feste, nunmehr der Geschichte angehörende Relation zu dem Erfolge versetzt, den es herbeiführen soll? Kein anderer kann das sein, als derjenige, in dem der Mensch die Herrschaft über das Wirken seines Verhaltens verliert, wo der Eintritt des Erfolges nunmehr unabhängig ist von ihm — seinem Wollen und Können. In gewissem Sinne ist dies bei den Kommissivdelikten stets, im engeren Sinne häufig der Augenblick, wo die positive Thätigkeit abschliesst. Jedoch auch nachher ist oft, wie gesagt, der Mensch noch Herr des Erfolges und fühlt sich als solchen. Dies ist nämlich überall da der Fall, wo zwischen dem Abschluss des positiven Thuns und dem möglichen Eintritt des Erfolges noch eine Spanne Zeit liegt, gross genug, um eine neue diesen verhindernde Thätigkeit zu entfalten. Erst wenn es auch zu dieser zu spät ist, tritt der Abschluss des relevanten Verhaltens ein.[264a] Bei den Omissivdelikten ist das letztere stets der Fall: dann sind sie in unserem Sinne vollendet, wenn derjenige Moment versäumt ist, in dem die Handlung spätestens hätte vorgenommen werden müssen.

[264a] Eine civilrechtliche Analogie liegt nahe und bedarf zu ihrem Verständnis wohl nur der Andeutung. — Ich meine die Frage, von welchem Moment an der Offerent bez. Oblat gebunden ist. Hier unterscheidet *Windscheid* Lb. des Pandekten Rechts VI. A. (1887) § 306,7 S. 179 f. mutatis mutandis wie wir: Vor Eintreffen der pp. Erklärung ist jener „in der gleichen Lage, wie derjenige, welcher versprochen hat unter der Bedingung si voluerim (I § 93) und wie dieser hört er nicht etwa dadurch wieder auf, Schuldner zu sein, dass er seine Erklärung zurücknimmt, sondern wie dieser ist er gar nicht Schuldner geworden, weil er dem gegnerischen: du sollst, ohne Weiteres entgegenhalten kann: ich will nicht“. Auch die Beispiele daselbst in Anm. 8 lassen sich unmittelbar übertragen: man denke, dass in das Sprachrohr eine Beleidigung gesprochen worden wäre.

Dann erst, aber auch schon dann ist die Norm verletzt. Dem entsprechend wäre das Naturgemässe, an diesen Moment auch die Strafdrohung zu knüpfen. Denn diese ist Sanktion der Norm. Ob der Erfolg hinzutritt oder nicht, kann an der rechtlichen Bedeutung der menschlichen Handlung als Normverletzung nichts ändern. Die andere Konsequenz ist die, dass alles, was vor jenem Moment liegt, nicht Normverletzung ist und daher seinem realen, seinem faktischen Charakter nach der Strafe nicht unterliegen kann.

Unsre Ausführung bezieht sich scheinbar nur auf die sog Erfolgsdelikte. In der That bezieht sie sich auf die Erfolgsdelikte, aber alle Delikte sind Erfolgsdelikte. Schon unser Ausgangspunkt schliesst diese Auffassung als Konsequenz in sich. Der Gesetzgeber legt sich naturgemäss begrifflich vorerst die Frage vor, welche Veränderungen der Aussenwelt so unerträglich sind, dass die ihnen zugrunde liegenden Kräfte gebunden werden müssen. Jene in ihrer Eigenschaft als Übel sind Bildungsprinzip der Delikte. Nicht jedes der letzteren braucht ein singuläres Deliktsübel zu besitzen: vielmehr sind diese teils allen gemeinsam, teils einer bestimmten Gattung oder Art.

So ergiebt sich ein materieller Vollendungsbegriff, während der formelle zusammenfällt mit den Thatbeständen des Gesetzbuchs.

82. Wir haben gesagt, dass alles, was vor jenem besprochenen Momente liegt, nicht Normverletzung, also vom allgemeinen Standpunkt nicht strafbar ist. Damit wäre der Stab gebrochen über die Strafbarkeit des Versuchs, insofern dieser vor jenem Punkte liegt. Dies würde nach heutiger Terminologie im grossen und ganzen der nicht beendigte Versuch sein. Freilich würde auch hier noch von vornherein manches auszuscheiden sein: denn soviel ist klar, dass sich viele Thatbestände aus der Materie bilden liessen, die heute bloss als Versuch in Betracht kommt, und dass sich in diesen Fällen (vorgestellte) Folgen nachweisen liessen, die vollständige Delikte zu konstituieren imstande wären. Aber dass das mit allem, was Versuch ist, der Fall wäre, lässt sich u. E. nicht rechtfertigen. Zwar könnte man an die Beunruhigung der Gesellschaft denken, ein Begriff, der namentlich bei französischen Schriftstellern als Deliktsübel eine so grosse Rolle spielt (alarme jetée dans la société, trouble). Jedoch bei näherer Betrachtung wird man sich der Einsicht nicht verschliessen können, dass im

allgemeinen der blosse Alarm ein zu unvermeidliches und wenig erhebliches Übel ist, als dass der Staat an seine Repression im Ernste denken könnte. Denn wollte er derartige Übel schon als deliktskonstituierend ansehen, so müsste er in der That seine ganze Thätigkeit der Strafrechtspflege widmen. —

Die Thatsache ist eben nicht zu leugnen, dass der unbeendigte Versuch prinzipiell faktisch die Eigenschaften des Deliktes nicht hat. Einerseits ist er nicht Normverletzung: denn der Wille des Gesetzgebers, den Erfolg x zu verhindern, rechtfertigt nicht, dass er sämtliche Wege nach diesem Punkte verbietet. Er will eben nur, dass die Wanderer nicht in x ankommen, ob sie aber bis unmittelbar vor x, etwa bis w gelangen, muss ihm an sich völlig gleich sein. Ein anderes Beispiel: wenn jemand nicht will, dass ein Gefäss überläuft, so ist das noch kein Grund, es überhaupt nicht zu füllen.

Andrerseits erscheint der Versuch als solcher noch nicht als Schadensherbeiführung, wie wir gesehen haben.

So wenig wie die objektive Theorie vermag die herrschende subjektive Theorie die Strafbarkeit des unbeendigten Versuches zu rechtfertigen. Sie behauptet, dass der Versuch subjektiv die Eigenschaften des Deliktes habe. Man hat sich dabei vielfach durch das Wort Wille irreführen lassen, ein Wort, welches verschiedene Begriffe umspannt. Kommt es, wie wir gesehen haben, im Verhalten des Menschen dem Gesetzgeber aber nur auf einen Moment an, (nämlich auf den, wo der Erfolg aus der Hand gegeben wird), so kann „Wille“ hier nur relevant sein im Sinne von „eine Energie des Geistes, welche imstande ist, ein Thun bis zu einem gewissen Momente zu begleiten.“ Ob diese Energie vorhanden ist, wie kann der Mensch das sehen, bevor jene Thatsache vorliegt? Sogar der handelnde Mensch selbst weiss es nicht, und häufig täuscht er sich über sich selber. Dem Menschen ist es einmal nicht gegeben, ohne Thätigkeit Wirkungen herbeizuführen. In dem Momente, wo er eine solche als wünschenswert erfasst, den zu ihr führenden Weg zu gehen sich vorsetzt, ja in dem Momente würde er möglicherweise, hätte er unmittelbare Macht über die Wirkung, diese selbst herbeiführen. Häufig freilich täuscht er sich, denn ich behaupte als psychologische Thatsache, dass sehr viele Vorsätze [in sensu stricto] gewissermassen bloss zur momentanen Beruhigung

der Psyche gegenüber dem sollicitierenden vorgesteckten Ziele gefasst werden, dass der Mensch selbst häufig thätig wird, während er es nicht geworden wäre, hätte er gleich im Moment des Entschlusses nochmals dem Ziel ins Auge gesehen. Das aber würde die Regel bilden, wenn schon im Moment des Entschlusses der Erfolg aus der Hand gegeben würde.

Denn wäre dieser schon etwas Endgültiges, so würde naturgemäss das ihm vorausgehende Wägen ein sorgfältigeres sein, und für das auf diesem Wege erhaltene Resultat wäre dann allerdings der Mensch voll und ganz verantwortlich.

Aber wir haben nicht weiter zu untersuchen, wie es in dem utopischen Falle sein würde, wenn bloss ein Willensakt dazu gehörte, ein Vorgestelltes zu verwirklichen. Wir haben mit der Thatsache zu rechnen, dass vorgesteckte Ziele und deren Verwirklichung weit, weit auseinander liegen. Diese Thatsache muss dem Menschen auch in den Augen des Gesetzgebers zugute kommen. Denn so gewiss auch schon im Falle des bösen Entschlusses moralische Verschuldung vorliegt, wie das namentlich Seneca[265] betont hat, und wie dies vor allem auch die Auffassung der christlichen Ethik[266] ist, so hat der Gesetzgeber eben doch nicht die Aufgabe, moralische Verschuldung als solche unter Strafe zu stellen, sondern nur, insofern sie in concreto zugleich das Recht verletzt. Dies aber ist erst in jenem Momente der Fall, in dem der Mensch den reprobierten Erfolg aus der Hand giebt.

82. Ist damit über die Pönalisierung des vor jenem Momente liegenden Versuches der Stab gebrochen? Es wäre dies allerdings, wenn zur Begründung der Strafbarkeit ein Thatbestand erforderlich wäre, der eine Normverletzung faktisch enthielte. Darf

---

[265] *Seneca*, De ira c. III: „Irascimur, inquit, saepe non illis qui laeserunt, sed his qui laesuri sunt: ut scias iram non tantum ex iniuria nasci Verum est irasci nos laesuris: sed ipsa cogitatione nos laedunt et *iniuriam qui facturus est jam facit*“ Ich möchte hinzufügen: ‚sed ea quam facit injuria alia est atque illa quam facturus est. Nam aliud est facere aliud facturum esse.‘

[266] Z. B. „Qui viderit mulierem ad concupiscendum eam, jam moechatus est eam in corde suo“ und dazu im Decr. Grat. C 32 qu. 5 cap. sicut enim (= 10), cap. si Paulus (= 11), cap. qui viderit (= 13); C. 32 qu. 7 cap. non solum (= 15).



das Recht von der Notwendigkeit einer solchen absehen? Hier greifen praktische Erwägungen ein.

Betrachten wir den Versuch vom Standpunkt der Gesetzgebung aus, so leuchtet ein, dass seine Strafbarkeit allerdings zur Repression der Verbrechen von grosser Wichtigkeit ist. Denn die Lage desjenigen, der ein Verbrechen zu begehen im Begriff steht, ist eine ganz andere, wenn er gleich vom Anfang der Ausführung an für den Fall der Entdeckung der Strafe entgegensehen muss, als wenn er mit einem Versuch gewissermassen „gar nichts riskiert". Namentlich der eigentliche gewerbs- oder gewohnheitsmässige Verbrecher — der ja vom Standpunkt der Criminalpolitik u. E. in vorzüglicher Weise zu berücksichtigen ist — würde bei Straflosigkeit des Versuches zu leicht überhaupt den Armen des Gesetzes entgehen. Denn nur dann wird er das Verbrechen vollenden, wenn er der Nichtentdeckung möglichst sicher ist, und bei vielen Versuchen wird das natürlich oft genug der Fall sein; sonst dagegen wird er sich stets gefahrlos zurückziehen und man würde ihm dann, hätte man ihn selbst zuvor ertappt, gar nichts anhaben können. Begiebt er sich dagegen durch jeden Versuch in die Gefahr, von der Strafe ereilt zu werden, so ist die Aussicht für die Gesellschaft viel grösser, sich dieses schädlichen Gliedes entledigen zu können.

Nicht zu verkennen ist, dass bei andern Verbrechern, namentlich solchen aus momentaner Leidenschaft, die Straflosigkeit des (unbeendeten) Versuchs sehr viel für sich hat.

Dass aber gerade bei gewerbs- oder gewohnheitsmässigen Verbrechern die Bestrafung des Versuches besonders am Platze erscheint, diese Beobachtung giebt uns den Schlüssel für die richtige Versuchstheorie überhaupt. Denn es liegt zu Tage, dass in jenen Fällen der Rechtsfertigungsgrund der Strafe gewissermassen unsere Überzeugung ist, dass wir es mit einer wirklichen Verbrechenspotenz[267] zu thun haben. Der Thatbestand des Versuches vermag diese Überzeugung fast in demselben Grade zu begründen wie der Thatbestand der Vollendung — wenigstens in den Augen der Lebensauffassung. — Der Versuch erweckt eben in uns regelmässig

[267] „Eine menschliche Energie, welche ein Verbrechen bis zum Vollendungspunkt durchzuführen vermag."



den Glauben, dass eine Vollendungspotenz vorliegt. Im philosophischen Sinne liefert er zwar nicht den Beweis; aus kriminalpolitischen Gründen sieht sich jedoch das Recht genötigt, ihn der Auffassung des gewöhnlichen Lebens entsprechend als geführt anzunehmen. Natürlich handelt es sich hier nur um denjenigen Versuch, der vom Standpunkt des Rechtes nicht von vornherein als strafbar oder straflos erscheint.

Ersteres ist der Fall, wo ein Factum vorliegt, dahin gehend, dass die Deliktsenergie die Thätigkeit bis zu dem Momente begleitet hat, wo der Eintritt des Erfolges sich emancipiert.

Das letztere aber ist dann anzunehmen, wenn sich die Deliktsenergie als unzureichend erwiesen hat, der Thäter zurückgetreten ist.

Ersterer Fall ist aus dem Rechtsgrund straf b a r, weil hier das Vorliegen der Potenz der Vollendung thatsächlich bewiesen ist, indem auch die letztere potentiell keine anderen Eigenschaften hat. Der zweite Fall dagegen ist aus dem Rechtsgrunde straf l o s, weil hier bewiesen ist, dass keine Perfektionskraft vorhanden war. Dazwischen liegen die Fälle, wo weder ein unbedingter Beweis für das eine oder das andere vorliegt, jene Fälle, die möglicherweise — sich selbst überlassen — die erstere Form, möglicherweise aber auch die zweite angenommen haben würden. Es ist natürlich, dass diese Fälle nach dem Gesetze der Trägheit an sich im natürlichen Stande der Straflosigkeit verharren würden, ohne dass dieselbe einen positiven Grund hätte. Kriminalpolitische Erwägungen zwingen aber eben, den mangelhaften Beweis der Vollendungspotenz hier als geführt anzusehen. Jene andern beiden Fälle werden dadurch nicht berührt, und so steht namentlich die Straflosigkeit des freiwillig abgebrochenen Versuches von vornherein ausser Frage.

83. Nicht anders liegt die Sache bei der sog. t h ä t i g e n R e u e: nach allgemeinem Standpunkt ist diese nichts anderes als Rücktritt vom Versuch. Der Unterschied ist ein formeller. Prinzipiell liegt die Vollendung des Delikts stets in der abgeschlossenen Verschuldung gegenüber einem vom Gesetze reprobierten Schaden. Das Normale ist, dass der letztere im Thatbestand des Delikts als Kulminationspunkt genannt ist. Aus Rücksichten der Prakticabilität nennt aber der Gesetzgeber möglicherweise das Verhalten,

welches regelmässig denselben nach sich ziehen wird. Damit wird jedoch an der Thatsache nichts geändert, dass es dem Gesetzgeber doch auch hier bloss auf den Schaden ankommt, oder vielmehr auf das Verhalten nur in seiner schadenstiftenden Potentialität. Wo sich aber dieses dann in concreto als ein harmloses herausstellt, indem es in seinem weiteren Verlauf den Schadenseintritt wieder negiert, so ist kein Grund, Strafe zu verhängen.

Wir glauben, dass die hier aufgestellte Theorie allein geeignet ist, die Straflosigkeit des freiwilligen Rücktritts und der thätigen Reue nicht nur vom Standpunkte der Gesetzgebung, sondern auch von dem des positiven Rechts genügend zu rechtfertigen. Wir denken in der Fortsetzung dieser Arbeit in Bezug auf das Deutsche Strafgesetzbuch den Nachweis zu führen, mit welcher Leichtigkeit unsere Theorie die entsprechenden Grundsätze desselben zu erklären vermag. Hierzu bedarf es einer Anpassung nur insoweit, als unser Gesetzbuch dem Erfolg eine weitergehende Bedeutung prinzipiell beimisst, die wir freilich nicht als gerechtfertigt anzuerkennen vermögen.

Diese positiv rechtliche Untersuchung schieben wir auf und gehen jetzt daran, die Elemente unserer Theorie als schon in der bisherigen Wissenschaft und Gesetzgebung vielfach, sei es geradezu vertreten oder doch angedeutet, nachzuweisen.

Hier ist zugleich der Ort, wo manche entgegenstehende Ansicht zu betrachten und zu widerlegen ist.

III. Capitel.

Nachweis der Elemente der Hypothese in der bisherigen Litteratur und Gesetzgebung.

85. Wir haben oben die Frage, ob die Straflosigkeit des Rücktritts vom Versuche rechtsphilosophisch begründet sei, abhängig gemacht von der Beantwortung zweier anderer. Diese waren: liegt in diesem Falle schon Normverletzung vor? und: ist eine Schadensherbeiführung bezw. ein Deliktsübel zu konstatieren?

Die Relevanz beider Fragen hat schon Lelièvre richtig erkannt. Er beantwortet jedoch beide in einem uns entgegengesetzten Sinne.

Zunächst die erstere. Er befindet sich damit in Einklang mit einer sehr verbreiteten Anschauung. Namentlich die englische Jurisprudenz hatte die Strafbarkeit des Versuches allgemein darauf gestützt, dass das Vollendungsverbot auch den Versuch strafbar mache. „Jam etiam quondam", berichtet Lelièvre,[268] „Vir Clariss. *Coke*, cuius scripta adhuc magna auctoritate fruuntur in Anglia, proposuerat praeceptum: „quando aliquid prohibetur, prohibetur et omne, per quod devenitur ad illud."“[269]

Lelièvre seinerseits untersucht[270] die Norm „ne occidas" und interpretiert diese dahin, „ne quid facias ad occidendum". Daraus schliesst er, dass derjenige, welcher die cogitatio gehabt habe („qui cogitavit"), schon das Gesetz wenigstens subjektiv verletzt habe („legem violasse saltem mente sua".) Strafbar sei er jedoch erst dann, wenn ein intellektueller Schade („damnum intellectuale") vorliege, der nur durch Strafe wieder zu tilgen („reparandum") sei. Ein solcher liege aber im Versuch stets vor. Denn durch ihn werde die „opinio civium de vi psychologica legis poenalis" unzweifelhaft geschmälert („sine dubio minuitur") und darum das Bewusstsein der Rechtssicherheit erschüttert („ideoque etiam conatu mutua civium fiducia turbatur"). Dies aber sei ein erhebliches Übel. Denn „coniunctionis civilis prima conditio est, ut cives tranquille vivant habeantque mutuam fiduciam sua bona non laesum iri." Es ist daher Repression durch Strafe nötig[271] („necesse est igitur, ut legis auctoritas sustineatur et ad damnum coniunctioni civili datum reparandum poena inferatur".) Dies sei nicht anders im Falle freiwilligen Rücktritts. Daher schliesst Lelièvre: „plena „impunitas rationi Juris Criminalis adversari debet. Jam enim in „tali casu manifestam esse legis poenalis violationem jamque „damnum datum esse legis auctoritati, jam labefactatam fidu-

---

[268] *Lelièvre*, de con. del., p. 456.

[269] Dem entsprechend ist die Auffassung *Lelièvres* von der Bedeutung der Gesetzessanction, welche ausdrücklich den Versuch für strafbar erklärt. Diese sei magis circumscribendi arbitrium iudicis causa nötig.

[270] *Lelièvre*, l. cit. p. 262.

[271] *Lelièvre*, l. cit. p. 286.

„ciam mutuam civium, jam turbatam consociationem civilem, quis „est qui in dubium hoc vellet vocare?“

Auch *Legraverend*[272] nimmt ideellen Schaden an: „la société“, sagt er, „a été troublée par cette manifestation extérieure, et le „trouble q'elle a éprouvé doit être reprimé“. Dagegen glaubt *Bexon* zwar gleichfalls, dass ein solcher vorliege, hält ihn aber im Fall des Rücktritts für ein zu geringes Übel, als dass Repression durch Strafe statthaft sei. „Alors la société“, sagt er[273] „ne peut avoir éprouvé qu'une arlarme passagère.“[274]

Wir haben schon oben unsern Standpunkt gegenüber dem Deliktsübel des ‚trouble‘ Stellung genommen und verweisen auf unsre dortige Ausführung.

86. Der ideale Schade spielt in der Rechtswissenschaft der germanischen Staaten eine geringere Rolle als in der romanischen Jurisprudenz; um so weniger vermag man sich von der Anschauung zu trennen, dass der Versuch Normverletzung sei. Schon *Örsted*[275] vermochte sich aus diesem Grunde nicht von der Vorstellung los zu machen, dass „schon derjenige, welcher Handlungen, die auf die Vollführung eines Verbrechens ausgehen, unternommen hat, Strafe verwirkt.“

Diese Ansicht taucht immer wieder auf. Neuerdings sagt *Cohn*[276]: „Insoweit kann ich nur Mittermaier beistimmen,

---

[272] *Legraverend*, I. 95 i. n. bei Lelièvre p. 349.

[273] *Bexon*, Code pénal pour le royaume de Bavière l. II. p. I. art. 57 Parallèle du Code pén. d'Ang. q. 141 bei Lelièvre p. 342.

[274] Vgl. hier auch die oben citierten Aussprüche von *Carmignani*, der sich für die Bedeutsamkeit des Delictsübels in unserem Falle, von *Carrara*, der sich gegen dieselbe ausspricht Anmerk. 249 und 258.

[275] In seinen ergiebigen Ausführungen über unsere Materie (Abhandlungen I 157—162, II 158—169, III. 135—159) Bezeichnend I (Grundregeln) S. 157: „Es ist klar [?], dass jedes auf die Hervorbringung eines Erfolges welchem das Gesetz vorzubeugen sucht, gerichtete Bestreben selbst schon eine Übertretung des Strafgesetzes ist. Auch ergiebt sich leicht, dass die von dem Strafgesetz zu gewährende Rechtssicherheit es erfordert, dass der Schuldige nicht bloss, sofern er nach vollzogener Missethat ergriffen wird, sondern, dass er auch für jeden Schritt auf der Bahn des Verbrechens seine Strafe finden müsse.“

[276] *Cohn*, Versuch, I S. 583.

„wenn er bereits im Jahre 1816 den Grundsatz verteidigt hat, „dass das Verbot, ein Verbrechen zu verüben, zweierlei ausdrücke, „einmal das Verbot, die gesetzwidrige Handlung zu beginnen, „und sodann auch sie zu vollenden (Mittermaier: Beiträge zur „Lehre vom Versuch der Verbrechen, N. A. I 169).[277] Ich „kann nicht anerkennen, dass es der Litteratur gelungen wäre, „ihn zu widerlegen.“ [S. 585.] „Ist eine Handlung unter Strafe „gestellt, so ist sie in allen ihren Akten bedroht.“

Zachariae[278] hat sich s. Z. gegen die Auffassung, Bauer[279] für dieselbe erklärt.

In gleichem Sinne hat auch *v. Liszt* sich ausgesprochen. „In „dem Augenblicke“, sagt er[280], „in welchem die Grenzlinie zwischen „den straflosen Vorbereitungshandlungen und dem strafbaren Ver„suche überschritten wird, in demselben Augenblicke ist die auf „den Versuch gesetzte Strafe verwirkt.“

Ebenso erklärt *Janka*[281] die Norm für „unzweifelhaft übertreten.“

87. Mit uns stimmt in Auslegung der Norm überein *Binding*. Derselbe sagt[282]: „Indem der Kanon befiehlt, die mensch„liche Thätigkeit solle nicht die Ursache zur Vernichtung eines „Menschenlebens setzen, wird der ihm gemäss handeln, welcher „den schädlichen Erfolg abhaltende Bedingungen zwar beseitigt, „diese aber durch Schaffung neuer ersetzt hat. Denn ein solcher „vernichtet durch die zweite Handlung, wenn man der Kürze „halber so sagen darf, die mögliche Ursache, die seine erste er„zeugt hat und hindert sie zur wirklichen zu werden. Jenes Ver„bot aber lautet nur dahin: die Erzeugung einer wirklichen Ur„sache des schädlichen Erfolgs habe zu unterbleiben. Die Be-

---

[277] *Mittermaier*, l. cit. fährt fort: „Jeder welcher eine solche verbotene Handlung (1) beginnt, jeder (2), der sie endigt, hat das Strafgesetz übertreten und ist darum strafbar. Wie ausserordentlich übrigens *Mittermaier* geschwankt hat, wie jeder neue Aufsatz wieder eine andere Auffassung praedicierte, darüber, s. *Baumgarten*, Versuch.

[278] *Zachariae*, Lehre vom Versuch I. 83.

[279] *Bauer*, Lehrbuch, § 70 [63].

[280] *von Liszt*. Lehrbuch, 3. Aufl. S. 202.

[281] *Janka*, Das Österreichische Strafrecht 1884 S. 127.

[282] *Binding*, Normen und ihre Übertretung, I. S. 43.

„dingungen werden erst dann zur Ursache, wenn die menschliche „Handlung nicht mehr vermag, den Erfolg abhaltende Bedingungen „vor dessen Eintritt einzuschieben und das rollende Rad an den „Speichen zu halten“ u. s. w.

Hierin findet Binding den Grund der Straflosigkeit des Rücktritts. „In der Erfüllung dieser Rechtspflicht (dem Schaffen „neuer erfolgsabhaltender Bedingungen) ruht die Straflosigkeit des „freiwilligen Rücktritts vom Versuch, die sich stets in der Hemmung „der Thatseite äussern muss, wenn anderenfalls die angestossenen „Bedingungen zum rechtsverletzenden Erfolg fortwirken würden. „Jene Straflosigkeit ist also keineswegs nur ein Postulat der Klug„heit, sondern wurzelt in der wegfallenden Rechtswidrigkeit der „Handlung.“

Es bleibt hier die Frage, wie Binding gegenüber der Straflosigkeit des freiwillig abgebrochenen Versuches die sonstige Strafbarkeit des Versuches rechtfertigt. Darauf ist, soviel uns bekannt, Binding bisher die Antwort schuldig geblieben. Wir denken: die Brücke lässt sich nur schlagen durch die Präsumptionstheorie. Diese ist unserer Meinung nicht e i n e Versuchstheorie, sondern d i e Versuchstheorie, wenigstens für alle Rechte, die auch straflosen Versuch speziell bei Rücktritt anerkennen.

88. Insbesondere scheint uns nach R ö m i s c h e m Recht der Thatbestand des Versuches weiter nichts zu sein als ein solcher Thatbestand, durch den gemeiner Erfahrung zufolge die Überzeugung begründet wird, der Thäter würde, soviel an ihm lag, den Schadenserfolg herbeigeführt haben. Ist dieser bloss ‚casu aliquo‘ verhindert worden, so wird der Thäter ebenso bestraft, wie er ohne Dazwischentreten des Zufalls bestraft worden sein würde. Dieser soll dem Verbrecher nicht zugute kommen, denn an unsrer Überzeugung vermag ein blindes Ungefähr nichts zu ändern.

Wir behalten die nähere Ausführung einer Abhandlung über den „Versuch nach Römischem Recht“ vor und verweisen in Bezug auf die Relevanz der Verhinderung durch ‚casus‘ auf die schon oben citierte Stelle in den Sentenzen des P a u l u s.[283]

Namentlich die romanische Jurisprudenz hat seit Jahrhunderten das Präsumptivelement im Versuch betont. In gewissem Sinne

[283] *Paulus*, Sent. rec. l. V. tit. 23 § 3.

ist hierher schon *Prosper Farinacius* zu rechnen († 1618), der in seiner „Praxis et theoricae crim." pars quarta; de homicidio qu. 124. Nr. 40[284] sagt: „in actu remoto potest esse spes poenitendi quae non est in proximo." Was heisst das anders als: der Thatbestand eines conatus proximus begründet bei uns die Präsumption, der Verletzte würde nicht zurückgetreten sein, also seinerseits das Verbrechen vollendet haben, während der Thatbestand des ‚conatus remotus' dazu nicht hinreicht?

89. Namentlich aber wurde bei der Beratung des Code pénal und fernerhin bei seiner Interpretation dieser Standpunkt — wenn auch in verschiedenen Formulierungen — betont.

So erklärte M. Treilhard im Staatsrat[285]: „Quand l'exé„cution n'est suspendue que par des circonstances étrangères à „sa volonté le coupable a commis le crime autant qu'il lui est „possible."

Mit Energie hat *Rossi*[286] die Präsumptionstheorie vertreten. Mit der ihm eigenen eleganten Lebhaftigkeit führt er aus[287]:

„La tentative est suspendue par un événement fortuit; mais „sans cet événement le crime aurait-il été consommé? Cela est „possible; si l'on veut, probable; mais rien de plus: car, si c'est „une vraie tentative, l'auteur pouvait aussi se désister. Ce sur„plus de volonté, ce degré ultérieur de persévérance et d'iniquité, „comment l'imputer? Point de fait révélateur. Ce n'est donc qu'une „induction; il a fait les deux tiers de la route du crime, donc „il aurait achevé sa course. Cependant plus il approchait du „terme, plus il allait se trouver face à face avec le crime, et „mieux il pouvait, dans quelques cas du moins, en sentir l'horreur, „et abandonner son projet.

„Ainsi toute la partie de l'imputation qui dépasse l'instant „de la suspension de la tentative, est une imputation hasardée: „c'est imputer se que l'on ignore; c'est punir la pensée par con„jecture". (Livre II, Chap XXXI.) — (l. c. p. 363 s.) „Dans

---

[284] *F. Chauveau-Hélie*, Theorie, I. 362.

[285] Cf. *Chauveau-Helie*, l. cit. l 364.

[286] *Rossi*, Traitó de troit pénal. — Citate nach der Ausgabe: Bruxelles 1829.

[287] *Rossi* l. cit. p. 359 s.

„la tentative abandonnée, c'est un fait connu et positif que l'auteur „a changé sa volonté.

„Dans l'autre, on ignore quel aurait été le mouvement de „sa volonté dans l'instant qui a suivi l'événement fortuit, par lequel „son action a été interrompue" etc. (L. II Chap. XXXII.)

Ganz ähnlich äussern sich auch *Chauveau Adolphe* und *Faustin Hélie* in ihrer berühmten „Théorie".[288] Ich hebe folgende Ausführungen heraus.

„Il y a trop de distance encore entre ces actes c'est-à-dire „les actes préparatoires et l'action accomplie pour supposer que „l'agent eût franchi cette distance sans s'arrêter et pour établir „une peine sur cette fiction (I 367). Jusque-là la pensée de l'agent „est incertaine; elle peut reculer devant l'exécution; mais si l'exé-„cution est commencée, cette présomption cède à une autre pré-„somption, c'est qu'il l'eût achevée, si quelque cause accidentelle „ne l'eût troublé.

„C'est sur cette dernière présomption qu'est assise la peine; „car s'il y avait impossibilité pour l'agent de se désister, d'inter-„rompre le crime, ce ne serait plus une simple tentative, mais un „crime consommé. La possibilité d'un désistement volontaire est „de l'essence de la tentative. Si ce désistement a lieu par la seule „volonté du coupable, la loi ferme les yeux et pardonne . . . . . „peut-être eût-il lui même suspendu l'exécution du crime, peut-être „la crainte ou le repentir l'eussent arrêté; mais il est certain „qu'il avait résolu de commettre un crime, il est certain qu'il avait „commencé l'exécution: ces deux actes suffisent pour légitimer la „peine; l'agent ne peut se couvrir de la possibilité d'un regret „tardif qui ne s'est point manifesté". (I 368).

90. In Deutschland ist die Präsumptionstheorie sehr wenig verbreitet. Vor einigen Jahren hat sich jedoch *Lammasch* im Anschluss an Rossi für dieselbe erklärt. Derselbe führt aus:[289]

„Bestrafung des nicht beendigten Versuches präsumiert also „die Fortdauer des bereits in einer oder in mehreren Thätigkeiten

---

[288] *Chauveau-Adolphe* et *Faustin-Hélie*, Théorie du Code pénal.

[289] *Lammasch*: Das Moment objectiver Gefährlichkeit im Begriffe des Verbrechensversuches, Wien 1879.

„objektivierten Vorsatzes bis zum letzten Momente dieser zur Er-„schöpfung derselben erforderlichen Thatreihe, und so ist denn der „Satz Rossi's („toute la partie de l'imputation qui dépasse l'instant „de la suspension de la tentative est une imputation hasardée, „c'est imputer ce que l'on ignore") Wahrheit, wenn auch eine dem „Kriminalisten schreckliche Wahrheit (S. 70). Die hauptsächlich „von Feuerbach, Osenbrüggen, Geyer und Hugo Meyer vertretene „Ansicht, dass es nicht Rechtsgrundsätze, sondern Utilitätsgründe „seien, die den Versuch im Falle eines freiwilligen Rücktrittes „straflos machen, ist so sehr unrichtig, dass vielmehr, wie eben „schon Rossi a. a. O. nachgewiesen hat, nur der beendigte Ver-„such, bei dem ein Rücktritt nicht mehr möglich ist, nach un-„bestreitbaren Rechtsgrundsätzen, der nicht beendigte aber nur „kraft einer ihrer Nützlichkeit wegen allerdings unentbehrlichen „Präsumption bestraft werden kann. Das so berühmt gewordene „und oft citierte Wort Osenbrüggens: „Über die Vergangenheit hat „der Thäter weiter keine Macht, Thatsachen sind unerbittlich", findet „hier keine Anwendung, denn die Thatsache des Beginnes der „Ausführungsthätigkeit, durch welche das Anstreben des Erfolges „die juristisch umschriebene Gestalt des Versuches erhält, ist nur „unter der Resolutivbedingung des freiwilligen Rücktrittes, also „nur in Kraft der Präsumption, dass der Versuchende die begonnene „Thätigkeit auch fortsetzen und vollenden werde, rechtlich relevant. „Das Gesetz aber vermutet weiterhin auch das Defizieren dieser „Resolutivbedingung, dies zwar allerdings nur im Wege einer zu „widerlegenden Präsumption. Es verweigert nämlich in jenen „Fällen, in denen die Versuchsthätigkeit vor ihrem Abschlusse durch „den Willen des Versuchenden von aussen her unterbrochen wird, „einer etwaigen Berufung des Angeklagten auf die mit und durch „die Unterbrechung der Versuchsthätigkeit ihm abgeschnittene Mög-„lichkeit (71) eines späteren freiwilligen Rücktrittes seine An-„erkennung und lässt nicht die Möglichkeit und das behauptete „Vorhaben dieses freiwilligen Rücktrittes, sondern nur dessen er-„wiesene Thatsächlichkeit als Ausschliessungsgrund für Schuld und „Strafe gelten".

Ihren korrekten sprachlichen Ausdruck finde diese Auffassung im R. Str.-G.-B. § 46 (Österr. Entw. § 49) darin, dass ein solcher Versuch straflos bleibe. „Denn im Moment, in dem der Versuchende

„freiwillig seine Thätigkeit unterbricht, weicht die Präsumption „des Nichtzurücktretens der Gewissheit des Rücktrittes; in diesem „Moment ändert sich also nicht etwa die Natur der Versuchs- „handlung, sondern es enthüllt sich nur erst jetzt ihr wahrer „Charakter“.

Man sieht, dass die citierte Ansicht im Resultate mt der unseren übereinstimmt. Jedoch liegt ein nicht unwesentlicher Unterschied darin, dass wir annehmen, es komme die Strafbarkeit eines Versuchsthatbestandes mit Rücktritt von vornherein gar nicht in Frage, jene Meinung ihm erst infolge Cessierens einer Präsumption Straflosigkeit zuerkennt Jene Präsumption wird unseres Ermessens von vornherein nur praktisch, wenn der Thatbestand nicht selbst schon de facto ergiebt, dass eine Vollendungspotenz vorliegt oder dass keine vorliegt. Unserer Ansicht liegt dabei die Anschauung zu Grunde, dass Thatbestände überhaupt nur in der Gestalt rechtlich in Betracht zu ziehen sind, wie sie zur richterlichen Kognition kommen. Ist ein freiwillig abgebrochener Versuch zur Beurteilung gestellt, so wird nicht etwa durch seinen Versuchscharakter erst die Präsumption der Vollendungspotenz begründet und diese durch das Abbrechen erst widerlegt, sondern er kommt eben als solcher, als ein indivisibles Ganze in Betracht.

91. Die Formulierung des Strafgesetzbuchs halten wir allerdings auch für korrekt, wie wir in der Fortsetzung unserer Arbeit näher auszuführen gedenken, und zwar nicht wie Lammasch bloss in Bezug auf Abs. 1, sondern auch in Bezug auf Abs. 2. Lammasch fährt nämlich l. c. fort:

„Unrichtig aber ist es, wenn im Absatz 2 des citierten Pa- „ragraphen der Ausdruck, der Versuch bliebe straflos, auch für „den Fall der Abwendung des Erfolges der bereits abgeschlossenen „Handlung gebraucht wird. In diesem Falle wird vielmehr der „Versuch, der schon strafbar, erst ex post straflos, und deshalb „haben wir es hier auch nicht mehr mit einem Ausschliessungs-, „sondern mit einem Aufhebungsgrund der Strafe zu thun“.

Wir halten das für unrichtig und erachten im Gegenteil im Anschluss an unsere obige Ausführung über den Abschluss des relevanten Verhaltens diesen Fall dem ersteren für wesentlich gleichartig. Dies ist auch *Binding's* Auffassung[290]:

---

[290] *Binding*, Normen, II 250 f.

„Eine ganz analoge Erscheinung wie die(se) Vernichtung einer „den schädlichen Erfolg abhaltenden Bedingung auf dem Gebiete „des Strafrechts pflegt man richtiger aufzufassen: ich meine den „freiwilligen Rücktritt vom Versuch. Hier hat der Thäter einige „zum Erfolge wirkende Bedingungen gesetzt und fällt nun auch „plötzlich in Unthätigkeit .... Allein die fernere Passivität kann „unmöglich den Grund dafür geben, dass der Thäter für das Ge„thane nicht verantwortlich gemacht werden darf. Der Grund „davon liegt vielmehr darin, dass, was zum Verbrechen geschah, „ungeschehen gemacht wird, dass die zum Erfolg wirkenden Be„dingungen als solche vernichtet werden: wie man denn ja auch „gar keinen Zweifel hat, wo eine augenfälligere Thätigkeit zur „Hemmung der verbrecherischen Thatseite notwendig wird, „diese von dem Thäter zu verlangen, widrigenfalls er verantwort„lich bleibt. Dasselbe aktive Hemmen der Thatseite in ihrer Ent„wickelung liegt aber auch da vor, wo der vom Versuch Rück„tretende scheinbar in Passivität sinkt".

92. Wir gehen, wie wir oben entwickelt haben, noch einen Schritt weiter; nicht bloss das Aufgeben der Thätigkeit und das Abwenden des Erfolges beim formellen Versuche halten wir für wesentlich gleich, sondern wir glauben, dass auch diejenige Thätigkeit, welche nach formeller Vollendung den Eintritt des Delictsschadens verhindert, vom allgemeinen Standpunkt gleichfalls hierher gehört und demnach Straflosigkeit nach sich ziehen sollte.

Auch mit dieser Ansicht stehen wir keineswegs allein[290a]. So sagt, allerdings zu weitgehend, Lelièvre[291]: „Eaedem enim „rationes adplicari quoque possent ad demonstrandum, in iis delictis „quae in laesione per se reparandi consistunt, post ipsam consum„mationem laesionis impunitatem adquiri posse poenitentiae et boni „adempti reparatione".

Gleichfalls ein Gegner der Straflosigkeit überhaupt, Örsted, wies[292] auf die Konsequenz hin, dass, wer den Rücktritt straflos lasse, dies auch bei der thätigen Reue müsse. Widerspruch erfuhr diese Behauptung von Henke[293].

[290a] Vgl. auch *Röder* bei Grünhut V (1878) S. 38—66, bes. S. 53 f.

[291] *Lelièvre*, de con. del. p. 346.

[292] *Örsted*, Abhandlungen I 161 f.

[293] *Henke*, Hb. des Criminalrechts und der Criminalpolitik I 258, 259.

Sehr bemerkenswert ist ein Aufsatz in v. Gönner und Schmidtleins Jahrbüchern für Gesetzgebung und Rechtspflege im Königreich Bayern von einem ungenannten Verfasser[294]. Das Resultat seiner teilweise sehr beachtenswerten Ausführung ist (S. 295):

„Der Satz, bei Vollendung eines Verbrechens könne ein straf-„loser Versuch [der Ausdruck ist freilich nicht korrekt!] nicht „mehr gedacht werden, muss wenigstens in dem Falle eine Aus-„nahme leiden, wenn der Handelnde früher noch, als der vorher „bezielte Erfolg eintrat, nicht nur die Absicht, wodurch seine „Handlung zum Verbrechen wird, sondern auch sein ganzes Unter-„nehmen aufgegeben, sogar selbst die Entstehung des Schadens ge-„hindert hat".[295]

93. Umfassende Anwendung fand der hier aufgestellte Satz im Bayerischen Entwurf von 1822.[296] Derselbe verordnete Art. 98, „wer bei Verbrechen, zu deren Vollendung das Gesetz einen be-„stimmten Erfolg nicht erfordert, die zur Vollendung hinreichende „Handlung vollbracht, diese aber freiwillig aus eigenem Antriebe „und früher noch, als der dadurch bezielte Erfolg eintreten konnte, „und als er darüber bei einer Obrigkeit auf irgend eine Art zur „Rede gestellt wurde, ganz zurückgenommen, oder sonst auf un-„zweideutige Weise an den Tag gelegt hat, dass er die ver-„brecherische Absicht ganz aufgegeben habe, der soll, wenn aus der ver-„brecherischen Handlung noch kein Schaden entstanden ist, nach Art. 96 „[Rücktritt vom Versuch, korresp. Art. 58 des Bayr. Str.-G.-B. von

---

[294] [Anonymus] in von Gönner und von Schmidtleins Jahrbüchern I, namentlich S. 288–296.

[295] Dagegen *Zachariae*, Lehre vom Versuche II 230 f.; *Köstlin*, Neue Revision 397 f. Beide operieren gegen die oben referierte Ansicht mit dem Begriffe der Konsummation: aber es fragt sich ja eben gerade, ob in solchen Fällen, wo noch alle nachteiligen Folgen abwendbar sind, wirklich (wenigstens vom philosophischen bezw. kriminalpolitischen Standpunkt aus betrachtet) Konsummation vorliegt. (In Bezug auf ein positives Recht ist das Interpretationsfrage.) — Vgl. übrigens auch die ausl. Litt. z. B. *Carrara*, Programma. Parte Speciale. IV. Ed. Lucca 1878 § 1178 p. 63 und Cit. das.)

[296] „Entwurf des Strafgesetzbuches. München, 1822", vgl. oben Teil II.

„1813] beurteilt werden, [also straflos sein]; vorbehaltlich dessen, „was über den Hochverrat im Art. 112 verordnet ist“.

Man sieht, hier ist unser Prinzip angedeutet. Überall sind es eben die Schadensfolgen, welche im Sinne des Gesetzgebers die Strafe rechtfertigen; und dies selbst da, wo er dieselben nicht im Thatbestand nennt. Denn der Grund davon liegt in der Schwierigkeit, dieselben zu präzisieren. Schliesst jedoch das fernere Verhalten des Thäters den Eintritt aller Schadensfolgen aus, so entspricht es durchaus der Gerechtigkeit, ihn eben so zu behandeln, als hätte er einen Versuch aufgegeben. Denn Versuch und nichts anderes würde seine Handlung sein, falls der Gesetzgeber, wie dies prinzipiell allein richtig ist, den Grund des Verbotes auch zum Centrum des Verbotes gemacht hätte, m. a. W. die (vorgestellten) Folgen in den Thatbestand aufgenommen hätte.

94. Art. 302 des Entwurfes befreit den Dieb von aller Untersuchung und Strafe, wenn er, ehe er „über die Entwendung „auf irgend eine Art von der Obrigkeit oder vom Gerichte zur „Rede gestellt wurde, ohne rechtswidrigen Nachteil eines Dritten „die Zurückgabe oder den vollen Ersatz des Entwendeten oder die „gänzliche Zufriedenstellung des Beschädigten bewirkt hat“.

Auf demselben Standpunkt steht seit langer Zeit prinzipiell die österreichische Gesetzgebung. Das Str.-G.-B. vom 27. Mai 1852 bestimmte (die in ( ) eingeschlossenen Stellen sind neu gegenüber dem Str.-G.-B. von 1803, dessen Abweichungen in [ ]):

§ 187 [167]: „Jeder Diebstahl und jede Veruntreuung hört „auf (strafbar), [ein Verbrechen] zu sein, wenn der Thäter (aus „thätiger Reue, obgleich auf Andringen des Beschädigten, nicht „aber ein Dritter für ihn), eher als (das Gericht oder eine andere) „[die] Obrigkeit sein Verschulden erfährt, den ganzen aus seiner „That entspringenden Schaden wieder gut macht.

„Eben dieses gilt auch von der Teilnehmung (; doch reicht „es zur Befreiung hin, wenn der Teilnehmer an einem Diebstahle „oder an einer Veruntreuung vor der obrigkeitlichen Entdeckung „den ganzen aus seiner Teilnehmung entstandenen Schaden, insoferne „sich dieser Anteil erheben lässt, gut gemacht hat)“. Vgl. dazu § 188 und § 466 (in Bez. auf Diebstähle und Veruntreuungen, welche nur Übertretungen sind).

So bestimmte auch der Entwurf von 1874 § 64: „Der Dieb„stahl, die Unterschlagung, der Betrug, die Sachbeschädigung, die „Hehlerei, sofern sie nicht gewerbsmässig betrieben wurde, und das „im § 312 erwähnte Vergehen [furtum possessionis] hören auf [!] „strafbar zu sein, wenn der Schuldige, bevor er einem Strafgerichte, „einer Staatsanwaltschaft oder einer Sicherheitsbehörde als der „strafbaren Handlung verdächtig bekannt geworden ist, freiwillig „vollen Ersatz für den aus seiner strafbaren Handlung entstandenen „Schaden geleistet hat“.

Dagegen haben sich namentlich Geyer und Binding erklärt.[297]

95. Auch bei uns hat man die Frage angeregt, ob nicht nach Analogie des Rücktritts vom Versuch die Leistung des Schadensersatzes Straflosigkeit bewirken solle.

So äussert sich von Tippelskirch:[298] „fraglich könnte es „allerdings sein, ob es nicht vom kriminalpolitischen Standpunkte „aus wenigstens bei blossen Vergehen dieser Art geraten sein „könnte, für das zeitige freiwillige und vollständige Wiedergut„machen des angerichteten Schadens gänzliche Straflosigkeit ein„treten zu lassen“.

Auch Berner[299] bemerkt: „Eine wichtige legislative Frage, „zu der wir durch die Art, wie die neuesten Gesetzgeber das Ab„wenden des Erfolges bei beendigtem Versuch auffassen, mit Not„wendigkeit gedrängt werden, ist die, ob nicht auch an das „Wiedergutmachen, an die Aufhebung des Erfolges bei vollendetem „Verbrechen Straflosigkeit geknüpft werden soll, wie man bei „einigen Verbrechen bereits anerkennt“.

Dass der Schadenersatz die Strafe ausschliessen soll, dagegen möchte ich mich mit Entschiedenheit erklären.

96. Meine Ansicht geht vielmehr dahin, dass die Schadensabwendung allerdings überall geeignet ist, Straflosigkeit zu be-

---

[297] *Geyer*, Gerichtssaal XVIII (1866) 35 ff. spec. 53—57.
„ „ XXI (1869) 1 ff.
„ Grünhuts Zeitschr. II (1875) 372 f.,
Binding, „ „ II (1875) 686 ff.

[298] *von Tippelskirch* in G.-S. XXIII (1871) S. 491. Vgl. dens. in G.-S. XII (1860) S. 311.

[299] *Berner* in G.-S. XVII (1865) S. 112.

gründen. Es darf also noch kein Schade eingetreten sein, der nun ersetzt würde, vielmehr wird ein drohender Schade abgewendet. Von meinem Standpunkt aus ist dies sogar dahin zu modifizieren, dass Straflosigkeit auch dann nicht mehr eintritt, wenn nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge schon ein Schade eintreten konnte. War aber das noch nicht der Fall, so gehört u. E. das Verhalten noch zum forum internum des Thäters: er kann noch zurück.

Es ist dies die Auffassung des Lebens, der es ganz unverständlich erscheint, dass jemand wegen Erfolgsabwendung straflos bleibt, wenn seine Thätigkeit formell Vollendung ist. Wir glauben diese Auffassung gerechtfertigt zu haben. Unmöglich kann die Gerechtigkeit zwischen diesen Fällen einen Unterschied machen.

97. Dass dies trotzdem auch im Deutschen Str.-G.-B. geschieht, ist um so irrationeller, als hier ja schon bei einigen Delicten Ausnahmen statuiert sind. Man hat dies auch richtig empfunden, und so bemerkt ein principieller Gegner der Straflosigkeit im Fall der Erfolgsabwendung, Meves,[300] treffend, dass dem Str.-G.-B. der „Vorwurf einer Willkür nicht erspart werden kann. Eine Forderung der Gerechtigkeit erscheint es uns zum mindesten, dass „das Prinzip des § 310 ganz allgemein aufgestellt, er seiner „Singularität entkleidet und an seiner Stelle eine allgemeine Vorschrift dahin gesetzt würde, dass nicht allein bei der vorsätzlichen [S. 171] Brandstiftung, sondern bei jeder Strafthat die „thätige Reue, also die die Folgen der vollendeten [?] That abwendende und beseitigende Thätigkeit des Thäters die „Belohnung [?] der Straflosigkeit davon tragen solle".

Dadurch, dass ein Gesetz, wie das unsere kein Prinzip für die Konsummation der Delicte hat, geht jedenfalls die harmonische Behandlung des Gleichartigen verloren und die materielle Gerechtigkeit leidet.

Ein schlagendes Beispiel aus heutigem Deutschen Reichsrecht: Es hat jemand auf den Inhaber lautende Schuldverschreibungen nachgemacht, um sie als echt zu gebrauchen (§ 149 i. V. m. 146 R.-Str.-G.-B.). Er hat sie glücklich angefertigt, nehmen wir auch an, dass sie vorzüglich gelungen sind — kurzum: durchaus freiwillig ist es, dass er sie verbrannt hat, ohne irgend welchen Ge-

---

[300] *Meves* in G.-S. XXIV (1872) S. 170 f.

brauch von ihnen zu machen. Der Mann wird nach § 149, 146 bestraft, obwohl bei seiner Handlungsweise unmöglich ein Schade eintreten konnte.

War dagegen der Gegenstand der Fälschung eine öffentliche Urkunde z. B., so geht er frei aus (§ 267 bez. 268 Str.-G.-B.).

Ist dieser Unterschied gerechtfertigt? —

Wir sind überzeugt, dass die Gesetzgebung der Zukunft nicht umhin können wird, die Frage in unserem Sinne zu lösen.

Im Folgenden suchen wir nähere Vorschläge machen, in welcher Weise die Materie u. E. legislatorisch zu behandeln ist im Recht der Zukunft.

IV. Capitel.

Vorschläge für die zukünftige Gesetzgebung.

98. Wir haben oben gesagt, dass die Vollendung des Delicts principiell stets in der abgeschlossenen Verschuldung gegenüber einem vom Gesetze reprobierten Schaden liegt.

Alles was vor diesem Punkte steht, ist straflos oder nur kraft einer Präsumption strafbar, alles andere dagegen unterliegt schon seinem factischen Charakter nach der Strafe.

Uns interessieren nur Thatbestände der ersteren Art, indem diese unter den materiellen Versuchsbegriff zu subsumieren sind. Solange in diesem Sinne „Versuch“ vorliegt, kann der Thäter (in rechtlich wirksamer Weise) zurücktreten.

Fassen wir den Gegenstand in dieser Weise auf, so reduciert sich die gesamte legislatorische Aufgabe in Bezug auf die Materie des Rücktritts vom Versuch und der thätigen Reue auf die richtige Bestimmung des Vollendungspunktes der Delicte.

Gegenwärtig wetteifern in dieser Beziehung die Gesetze noch an Prinziplosigkeit. Bald wird die Vollendung in einen Punkt verlegt, der jenseits der Grenzen menschlichen Könnens gelegen ist, bald in einen solchen, der noch weit diesseits der Grenze des delictuosen Verhaltens liegt.

Es gilt also in dieser Beziehung volle Harmonie zu schaffen — dies unbedingt ist erforderlich, wenn sich die fragliche Materie befriedigend gestalten soll.

Aber ist dies möglich? Entzieht sich nicht jener Moment, wo der Erfolg aus der Hand gegeben wird, der exacten Formulierung in den einzelnen Gesetzesparagraphen?

Allerdings, wenn man jenen Moment concretisieren will! Denn concret bestimmen lässt er sich allerdings nur im Einzelfall, nicht schon ‚in genere'. Aber dies würde auch nicht erforderlich sein, man könnte vielmehr ihn stets allgemein bezeichnen, und etwa jedem Strafgesetz die Clausel anhängen, „wenn der Thäter den Eintritt des pp. Delictschadens aus der Hand gegeben hat".

Jedoch auch dies würde wenigstens formell anstössig, plump und schleppend sein, wenn sich diese Clausel allenthalben wiederholen sollte. Dies ist aber keineswegs nötig.

99. Der Weg, der am leichtesten und einfachsten zum Ziele führt, ist vielmehr der, eine allgemeine, für alle einzelnen Delicte anwendbare Gesetzesbestimmung über die „Vollendung des Verbrechens" im Sinne des Gesetzes aufzustellen.

Dieselbe hätte etwa so zu lauten:

§ a. Die strafbare Handlung ist im Sinne des Gesetzes in dem Augenblick vollendet, wo der Thäter die Herrschaft über die Folgen seines Verhaltens, den Eintritt des Delictsübels verliert.

§ b. Unter Delictsübel ist eine Veränderung der Aussenwelt zu verstehen, deren Verhütung der Gesetzgeber mit der pp. Strafdrohung bezweckt.

§ c. Versuch ist jede Thätigkeit, von deren Abschluss der Eintritt des Delictsübels zu erwarten ist;

§ d. Der Versuch ist strafbar, wenn es einerseits bereits zur letzten entscheidenden Thätigkeit gekommen ist, andrerseits aber der Abschluss des relevanten Verhaltens (das Aus-der-Hand-geben des Erfolges) durch zufällige vom Willen des Thäters unabhängige Umstände verhindert worden ist.

So würde in materieller Beziehung u. E. die gesetzliche Disposition über Versuch und Vollendung zu lauten haben, formell freilich würde es noch einer erheblichen Vervollkommnung bedürfen. — —

100. Die Aufgabe der Wissenschaft würde es bei solchen Gesetzesbestimmungen in erster Linie sein, das Wesen der Delictsübel bei den einzelnen Delicten zu ergründen.

Bisher ist diese für die Criminalgesetzgebung so überhaupt wichtige Untersuchung noch kaum in Angriff genommen worden, Ausser dem, was etwa *Bentham* in dieser Beziehung geleistet hat, dürfte kaum etwas zu nennen sein.

Hier ist natürlich nicht der Ort, ausführlich auf diesen Gegenstand einzugehen: nur seine eminente Wichtigkeit soll angedeutet werden.

Sobald der Gesetzgeber alle primären Delictsübel (denn bei allen Delicten giebt es auch noch sekundäre Übel), mit Strafe bedroht hat, so löst sich auch manches Bedenken, welches gegenwärtig gegen die Straflosigkeit im Falle des Rücktritts vom Versuch auftaucht, ganz von selbst. Namentlich ist es durchaus erforderlich für die Gesetzgebung der Zukunft, zu dem alten Römischen Begriffe der iniuria zurückzukehren oder doch den von jener getroffenen Thatbestand durch neue einzelne Strafdrohungen zu decken. Es interessiert uns dieser Punkt ja nur, soweit er relevant ist für die Frage, ob ein Versuch als qualificiert zu betrachten ist oder nicht, ob demnach der Thäter bei Rücktritt straflos zu bleiben hat oder gestraft werden soll.

Und in dieser Beziehung können wir einfach auf das zurückverweisen, was wir oben bei Besprechung der Ansichten von Farinac und Bonifac bemerkt haben. Beide erachten auf Grund des Röm. Injurienbegriffes Versuchsthatbestände für qualificiert, wo sie es rationellerweise auch wirklich sein sollten, wir aber keine subsidiäre Strafdrohung besitzen. Die Consequenzen ergeben sich von selbst. —

Als Resultat unserer Betrachtung dürfen wir aussprechen:

Die Behandlung des Rücktritts vom Versuch und der thätigen Reue in der Gesetzgebung wird sich nur dann befriedigend gestalten,

1) wenn der Vollendungspunkt der Delicte einheitlich in die vollendete menschliche Verschuldung gegenüber einem möglichen Eintritt des Delictsübels verlegt wird.

2) allen Übeln, deren Repression notwendig erscheint, selbständige Strafdrohungen entsprechen.

IV.

Positiv-rechtlicher Teil.

Das Deutsche Reichsrecht.

Einleitung.

101. Bei einem Thatbestand, der aussagt, dass jemand die Herbeiführung eines Delictsübels[301] zunächst durch entsprechende Handlungen anstrebte, dann aber den Eintritt desselben willentlich durch sein Verhalten ausschloss, erkennt das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich vom 15. Mai 1871 an vier Stellen die Straflosigkeit an. — Es sind dies die Fälle der §§ 46 und 204, 163 und 310 (Versuch — Herausforderung zum Zweikampf und Annahme derselben; — fahrlässiger Eid — Brandstiftung).

102. Manche[302] wollen auch den Fall des § 209 (Kartellträger, welche ernstlich bemüht gewesen sind, den Zweikampf zu verhindern) hierherziehen Jedoch gehört derselbe denn doch in einen andern Zusammenhang, wie schon aus seiner Stellung und seinem weiteren Inhalt zu schliessen ist.

Die gesetzgeberischen Erwägungen, die ihm zu Grunde liegen, sind nicht die allgemeinen, welche für den Fall des Rücktritts von

---

[301] D. h. „einer solchen Veränderung der Aussenwelt, die der Strafgesetzgeber durch das Strafgesetz hat verhüten wollen". S. den III. Teil.

[302] Z. B. *Meyer* 376.

einer verbrecherischen Thätigkeit einschlagen. Vielmehr erklärt sich hier alles aus der eigentümlichen Natur derjenigen Beihilfe zum Zweikampfe, die durch Kartelltragen geschieht. Der Staat hat durchaus kein Interesse, dieses unbedingt zu verbieten. Er würde ja damit doch den Zweikampf in keiner Weise verhindern. Zur unmittelbaren Herausforderung ohne Zwischenmann zu veranlassen, wie kann der Staat das beabsichtigen wollen! Im Gegenteil! Der Gesetzgeber muss es eher begünstigen, dass durch Kartellträger also nicht unmittelbar beteiligte Personen vorgegangen wird. Auf diesem Wege kann möglicherweise immer noch eine Verständigung herbeigeführt werden, vorausgesetzt, dass der Kartellträger seine Pflicht thut, d. h. so viel an ihm liegt, kühler Überlegung Eingang zu verschaffen und die gesamten Momente mit Ernst zur Geltung zu bringen sucht, die vom Unternehmen abhalten könnten.

Handelt der Kartellträger so, dann hat der Staat unmöglich ein Interesse ihn zu strafen; mehr: er hat ein Interesse ihn n i c h t zu strafen.

So liegt die Sache legislativ: nicht der Kartellträger als solcher ist strafbar, sondern nur der Kartellträger, der seine Pflicht nicht erfüllt, d. h. (im Sinne des Gesetzgebers) nicht ernstlich bemüht ist, den Zweikampf zu verhindern.

Dies ist aber auch die Auffassung des D. Str.-G.-Bs.: es stellt zwar § 203 das Kartelltragen allgemein unter Strafe, spricht aber für diejenigen, welche in legalem Sinne gewirkt haben, ebenso wie für Sekundanten, Zeugen, Ärzte, Wundärzte Straflosigkeit aus. Gerade diese Zusammenstellung ist markant: ein derartiger Kartellträger steht für das Gesetz auf der gleichen Stufe wie z. B. ein Sekundant, und dasselbe ist soweit entfernt, die Thätigkeit des letzteren — obwohl sie ja auch Beihilfe ist — ausschliessen zu wollen, dass es sogar einen Zweikampf ohne Sekundanten erheblich höher zu bestrafen gestattet. Beim Kartellträger liegt in der That der Fall gesetzgeberisch ganz ebenso.

Übrigens würde auch die Fassung, die wir am Eingang dieses Abschnittes gewählt haben, den § 209 nicht völlig mitzudecken vermögen. Denn h i e r ist es keineswegs erforderlich, dass der Zweikampf u n t e r b l i e b e n ist, im Gegenteil denkt hier das Gesetz offenbar zunächst gerade an den Fall, wo er s t a t t g e f u n d e n hat. — Jedoch eben diese Fassung wäre zu berichtigen, wenn sie nicht

allen Fällen gerecht zu werden vermöchte. So aber glauben wir hinreichend bewiesen zu haben, dass § 209 auch in materieller Beziehung mit Unrecht in diesen Zusammenhang gezogen würde.

103. Auf noch eine fernere Bestimmung des D. Str.-G.-Bs. haben wir einen Blick zu werfen. Ich meine den Fall des § 158 (Widerruf beim Meineide und der falschen Versicherung an Eidesstatt), in welchem eine erhebliche Straf e r m ä s s i g u n g stattfindet. Straf l o s i g k e i t auch hier zu gewähren, dazu konnte sich der Norddeutsche Gesetzgeber nicht entschliessen, während dieselbe z. B. in Bayern und andern Deutschen Staaten anerkannt war[303]. Die Frage, ob dies mit Recht oder Unrecht geschah, hängt ab von der Entscheidung einer anderen[303a]: Sieht man im Meineid ein als solches strafbares Religionsdelict, dann kann selbstverständlich nicht von einer Straflosigkeit im Falle des Widerrufs die Rede sein. Ist dagegen die Tendenz contro l'amministrazione pubblica das eigentlich Strafbare, dann wird derselbe allerdings Straflosigkeit bewirken können[304], wenn er vor Eintritt eines Delictsübels — hier der materiellen Störung der staatlichen Verwaltung, insbesondere der Rechtsmaschinerie, und ihrer weiteren Folgen — abgegeben werden sollte. — Übrigens möge darauf hingewiesen sein, dass auch nach Deutschem Recht Straflosigkeit beim Widerruf vor Schluss der pp. Verhandlung anzunehmen ist. Denn dann liegt erst Versuch vor. Es ist also § 46 anwendbar.[305]

---

[303] Vgl. über die Straflosigkeit beim Meineid im Falle des Widerrufs Teil II sub Meineid.

[303a] Richtig erkannt bereits von *Frölich von Frölichsburg*, S. 86 (vgl. Teil II Anm. 146).

[304] *John*, E n t w. S. 381—383 gegen die Straflosigkeit. Der Schaden sei „in der Thatsache, dass das Beweismittel des Eides gefälscht worden, selbst enthalten." Zudem liege „doch in dem Meineide ein Frevel gegen das Heiligste, was der Mensch kennt." — Das erstere ist eine haltlose formalistische Auffassung; was dagegen die Heiligkeit des Eides betrifft, so wird dieselbe durch Straflosigkeit bei Widerruf nicht im mindesten in Frage gestellt.

[305] Dagegen, engherzig wie immer, *Schwarze* G.-A. 1854, S. 443 „Die Ansicht, dass der Meineid erst mit dem Schlusse der Verhandlung oder mit dem Abschlusse des Protokolls etc. vollendet sei, bis dahin also der Widerruf die Strafbarkeit aufhebe, ist nicht zu billigen". Richtig stets die französische Praxis; v g l. o b e n T e i l II. *Olshausen* Nr. 13 ad § 153, und Nr. 13 ad § 154 äussert sich noch unbestimmt und tadelt es als „unrichtig",

Für unsre Betrachtung scheidet dieser Fall im übrigen aus. Seine legislative Verwandtschaft mit den oben bezeichneten Thatbeständen ist jedoch unverkennbar und prägt sich schon in der äusseren Ähnlichkeit mit § 163 aus. Ja diese geht so weit, dass die Voraussetzungen, an welche hier Straflosigkeit, dort Strafermässigung geknüpft ist, vollkommen congruieren und die Untersuchung derselben daher mit Notwendigkeit eine für beide Paragraphen geltende ist.

Für uns verbleiben die oben bezeichneten vier Fälle.

Wenden wir uns nunmehr zu der Frage, wie die hier statuierte Straflosigkeit zu construieren ist. Bei dieser Gelegenheit ist zugleich eine eingehende Betrachtung der so falsch verstandenen und so oft missbrauchten Entstehungsgeschichte geboten.

I. Capitel.

Dogmatische Construction der Straflosigkeit des s. g. Rücktritts vom Versuch und der Thätigen Reue auf Grund des positiven Deutschen Reichs-Rechts.

a. Des Rücktritts vom Versuch Nr. 104—138.

104. Rechtsgrund oder criminalpolitische Rücksichten? — 105. Ergebnisse der Präsumptionstheorie a) in Bezug auf die Strafbarkeit des beendeten Versuchs. — 106. b) in Bezug auf den unbeendeten Versuch. — 107. Möglichkeit einer verschiedenen, logisch gleichwertigen Formulierung des strafbaren Versuchsthatbestandes. — 108. Die Formulierung des Pr.-Str.-G.-B. (§ 31) — 109. Die Formulierung des D. St.-G.-B. (§ 43 und 46). — 110. Grund der Abweichung: processuale Rücksichten. Beweis:

---

wenn *Mannheim* 15. März 1873 St. III 181 und *F. Meyer* N. 8 die Vollendung stets erst mit dem Schlusse der Verhandlung annehmen. — Inzwischen hat *R. G.* III 15 März 1886 mit aller Bestimmtheit Position genommen und erklärt § 46 Z 1 für anwendbar, wenn der Zeuge es aufgegeben hat, „bis zum Abschluss seiner Vernehmung, also bis zu dem Zeitpunkte, in welchem das Verbrechen zur Vollendung gekommen sein würde, die Unwahrheit zu bekunden". (Entsch. XIV S. 19—28; bes. S. 22). Viel weitergehend und höchst beachtenswert *von Liszt*, falsche Aussage, S. 205: bei einer neuen Vernehmung in derselben Sache wirke der Widerruf auch hinsichtlich der früheren Vernehmung. — Ganz verkehrt Preussische Revision von 1845 (Goltdammer, Mat. II 233). Interessantes Material in der Relazione Ministeriale zum Progetto Zanardelli.

104. In Bezug auf die dogmatische Auffassung der Straflosigkeit des Rücktritts besteht die bekannte Controverse, ob ein „Rechtsgrund" oder „criminalpolitische Rücksichten" als Basis anzunehmen seien.

Wir haben den Stand dieser Frage oben[306] in aller Ausführlichkeit dargestellt.

Ebenda haben wir gezeigt, dass die Straflosigkeit sich von selbst — begriffsnotwendig — aus der Praesumptionstheorie ergiebt.

Hier wollen wir nur nachweisen, dass diese dogmatische Auffassung auch für das Deutsche Strafgesetzbuch volle Geltung zu beanspruchen hat, indem keine andere Construction vereinbar ist mit der rein logischen Interpretation seiner positiven Bestimmungen. Und dieser Auslegung steht die Entstehungsgeschichte so wenig entgegen, dass sie im Gegenteil nur ein Argument für dieselbe enthält.

Rufen wir uns zunächst die Resultate unsrer dogmatischen Ausführungen in's Gedächtnis zurück!

105. Zuvörderst scheidet für die Präsumptionstheorie von vornherein als (subjectiv) immer[307] strafbar der beendigte Versuch aus,

---

[306] III. Teil, I. Cap.

[307] Ich möchte hier unter Verweisung auf III. Teil, II. Capitel daran erinnern, dass in diesem Werke der Versuch immer nur

d. h. der Fall, wo der Thäter nicht mehr Herr ist über Eintritt oder Nichteintritt des Erfolges.[308] Denn hier liegt nach allgemeinem Standpunkt ein vollständiges Verbrechen vor. Die Strafbarkeit dieser Materie rechtfertigt sich nicht erst durch Präsumption, sondern es ist in Bezug auf die Person des Thäters ein vollkommener Strafe begründender Thatbestand vorhanden.

106. In den anderen Fällen ist dies nicht so. Jedoch: daraus, dass jemand schon weit auf dem Weg zum Verbrechen gewesen und sich schon erhebliche Mühe für dasselbe gegeben hat, werden wir, allgemeiner menschlicher Erfahrung zu Folge, häufig zu schliessen in der Lage sein, dass, soviel am Thäter lag, das Delict allerdings zur Vollendung[309] gekommen sein würde. Wir können uns also hier allerdings veranlasst fühlen, die gleiche potentielle Schuldhaftigkeit anzunehmen, obwohl eine solche als faktische nicht vorliegt. Das Recht kann, wie wir gezeigt haben, aus sich heraus freilich nicht dazu kommen, diesen Schluss zu machen, aber die Criminalpolitik fordert denselben mit gebieterischer Notwendigkeit. — Jedenfalls aber scheiden von vornherein aus die Fälle, wo die Thatsachen eben gerade beweisen, dass die Nichtvollendung am Thäter lag. Denn jene müssen, um die Präsumption der Vollendung zu rechtfertigen, die Erwartung begründen, dass dieselbe, soviel am Thäter lag, eingetreten sein würde. Dies aber ist dann

quâ Willensenergie untersucht wird und untersucht werden kann. Die anderen Erfordernisse, die der pp. Thatbestand haben muss, um strafbarer Versuch zu sein, hoffe ich später in einem anderen Werke darlegen zu können. („Der untaugliche Versuch".)

[308] Nur dieser Begriff des „beendeten Versuchs" ist wissenschaftlich haltbar. Richtig *Meyer* 269: Beendeter Versuch liege dann vor, wenn der Thäter „diejenige Handlung vollzogen hat, welche von ihm zur Herbeiführung des Erfolges bestimmt war. Als Handlung kommt aber auch hier das gesammte Verhalten des Thäters in Betracht, einschliesslich also des Abwartens des Erfolges, wenn der Thäter die Abwendung des Erfolges noch in der Hand hat." — Wenn man wie die meisten (s. *Olshausen* Nr. 6 ad § 46 I S 169) unter „beendetem" Versuch einen Versuch versteht, bei dem die positive Thätigkeit abgeschlossen ist, so prädiciert dies, dass „Versuch" identisch sei mit „positiver Thätigkeit". Dass dies eine unrichtige Gleichung ist, springt in die Augen. Vgl. auch meine philosophische Entwicklung im III Teil, II. Cap.

[309] D. h. wenigstens bis zu einem beendeten Versuch.

der Fall, wenn die Nichtvollendung menschlichem Ermessen zufolge ihren Grund bloss im Zufall hat; auf die Person des Thäters bezogen, wenn der Grund unabhängig von dieser ist.

107. Aus dem Entwickelten ergiebt sich die Möglichkeit eines doppelten Weges für die diesen Gedankeninhalt deckende Gesetzesformulierung.[310]

Entweder nämlich kann diese bestimmen, dass nur derjenige Versuch strafbar sein solle, dessen Abbrechen nicht am Thäter lag — oder dass der Versuch an sich strafbar sein, dagegen derjenige, dessen Abbrechen am Thäter lag, straflos bleiben solle. Einmal kann man also den Versuch in einem Umfang für strafbar erklären, dass darunter an sich auch jener zweite Fall gehören würde, dessen Straflosigkeit dann durch eine zweite Disposition anerkannt werden muss; oder, man erklärt von vornherein den Versuch nur im entsprechend geringeren Umfang für strafbar. Im Resultat stehen sich beide Fälle völlig gleich; es ist dasselbe, ob ich sage, wenn $A = a + b$, A ist strafbar mit Ausnahme von b resp. A ist strafbar, $A - a = b$ straflos oder bloss a ist strafbar. Immer wird der Umfang der Strafbarkeit in gleicher Weise eingeengt. Die Analyse der verschiedenen Ausdrücke giebt dieselben Elemente. Materiell vermag es also keinen Unterschied zu begründen, ob etwas als eine Ausnahme von der Regel betrachtet werden kann, oder ob es auch schon äusserlich gar nicht unter eine solche fällt. Nur erscheint es natürlich als das Resultat eines verschiedenen Denkprocesses: In unserem Falle würde man in der zweiten Formulierung den Umstand zum Ausdruck gebracht zu sehen geneigt sein, dass die Criminalpolitik die Strafbarkeit des Versuches nur zum Teil zu begründen vermag, indem der andere in seiner natürlichen Straflosigkeit verharrt; in der ersteren dagegen würde man das Princip, auf welchem die die Strafbarkeit begründende Präsumption ruht, zu erkennen vermögen.

Die Untersuchung über den materiellen Wert der verschiedenen Formulierungen ist von Wichtigkeit für das heutige positive Recht, indem dieses sich in der Beziehung vom früheren unterscheidet.

108. Das Strafgesetzbuch für die Preussischen Staaten vom

---

[310] Vgl. dazu auch Teil II § 43 über die logische Gleichwertigkeit der beiden Formulierungen.



14. April 1851, die Mutter des heutigen, bestimmte in seinem § 31 im Anschluss an den Code pénal art. 2:

(I.) Der Versuch ist nur dann strafbar, wenn derselbe durch Handlungen, welche einen Anfang der Ausführung enthalten, an den Tag gelegt und nur durch äussere, von dem Willen des Thäters unabhängige Umstände gehindert worden ist, oder ohne Erfolg geblieben ist.

109. Das Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund vom 31. Mai 1870, für das Deutsche Reich vom 15. Mai 1871 dagegen regelt die Materie in zwei getrennten Paragraphen:

(II.) 1. § 43. Wer den Entschluss, ein Verbrechen oder Vergehen zu verüben, durch Handlungen, welche einen Anfang der Ausführung dieses Verbrechens oder Vergehens enthalten, bethätigt hat, ist, wenn das beabsichtigte Verbrechen oder Vergehen nicht zur Vollendung gekommen ist, wegen Versuches zu bestrafen.

2. § 46. Der Versuch als solcher bleibt straflos, wenn der Thäter 1) die Ausführung der beabsichtigen Handlung aufgegeben hat, ohne dass er an dieser Ausführung durch Umstände gehindert worden ist, welche von seinem Willen unabhängig waren, oder 2) zu einer Zeit, zu welcher die Handlung noch nicht entdeckt war, den Eintritt des zur Vollendung des Verbrechens oder Vergehens gehörigen Erfolges durch eigene Thätigkeit abgewendet hat.

110. Es entsteht die Frage, wie kommt es, dass man von der früheren Fassung abwich? Denn eine Begründung bedarf dies allerdings: das Str.-G.-B. f. d. Nordd. Bd. ist doch im Grunde nichts anderes als eine Revision des Preussischen.

Die Abweichung erklärt sich unsrer Überzeugung nach **ausschliesslich aus processualen Rücksichten.** [311]

---

[311] Natürlich ist hier nur von der Abweichung die Rede, die in der äusseren Trennung von strafbarem und straflosem Versuch liegt. Dass die jetzige Fassung des letzteren diejenige Materie nicht völlig deckt, deren Straflosigkeit auf der Definition des strafbaren Versuches basierte, ist offenbar. Es ist aber am begrifflichen Verhältnis des strafbaren und des straflosen Versuches dadurch nichts geändert, dass das Gebiet des letzteren eingeengt worden ist. Der Gesetzgeber hat eben geglaubt, dass nur im Falle des § 46 der Schluss berechtigt sei, dass keine Vollendungspotenz vorliege, während er früher den Schluss in manchen Fällen [§ 46 Z 2] schon bei einer geringeren Anzahl von Thatbestandsmomenten machte.



Wir denken diese Ansicht im Folgenden aus der Geschichte der Bestimmungen zu rechtfertigen, nachdem wir oben gezeigt haben, dass ein materieller Unterschied aus der abweichenden äusseren Formulierung unmöglich geschlossen werden kann und indem weiter unten gezeigt werden wird, dass auch der Wortlaut dies ausschliesst.

111—129. Die „Entstehungsgeschichte".

111. Werfen wir zunächst einen Blick auf die Preussischen Bestimmungen und auf ihre processualen[312] Consequenzen, die, wie wir unten sehen werden, Anlass zur Opposition gegen die hier gewählte gesetzliche Formulierung gaben.

Nach dem oben mitgeteilten Wortlaut des preussischen Versuchsparagraphen musste es als richtige Meinung erscheinen, dass stets ausdrücklich in concreto constatiert und im Urteil ausgesprochen wurde, dass die Umstände nur äussere vom Willen des Thäters unabhängige wären. Den Geschworenen gegenüber durfte die Frage nicht einfach auf den Versuch lauten, sondern sie musste den ganzen gesetzlichen Thatbestand wiedergeben, und ebenso musste denselben dann die Jury ihrerseits voll und ganz in ihre Declaration aufnehmen.

112. Das war in Frankreich bei ganz gleichen Bestimmungen — § 31 Pr. Str.-G.-B. ist die Übersetzung von art. 2 C. p. — seit geraumer Zeit anerkannt. Namentlich entschied dem entsprechend consequent der Pariser Cassationshof, nämlich dahin[313]

que l'acte d'accusation dressé contre un individu pour tentative du crime doit, à peine de nullité, exprimer, que la tentative a été accompagnée de toutes les circonstances énoncées par l'art. 2 du Code pénal ind.

qu'il n'y a pas lieu à condamnation pour tentative de crime, si le jury déclare seulement, que l'accusé a commis une tentative de tel crime; s'il n'ajoute pas, qu'il a eu acte extérieur et commencement d'exécution suspendu par des circonstances indépendantes de la volonté de l'accusé.

Und das mit vollem Recht: car nous le répétons encore,

---

312 Auf die processualen Fragen kommen wir vom dogmatischen Standpunkt aus Cap. IV. zurück.

313 Diese beiden Entsch. des Pariser Cassationshofes sind citiert nach *Goltdammer*, Mat. I 258—260.

sagen *Chauveau Adolphe* und *Faustin Hélie*[314] in ihrem vorzüglichen Handbuch über den Code pénal, l'accusé peut être déclaré coupable d'une tentative, mais qui, n'étant pas celle du Code pénal, ne serait, dans la vérité, rien autre chose qu'une intention, un projet dont la répression n'appartient point à la justice sociale. La jurisprudence n'a pas dévié de cette règle:

Cass., 26. juin 1811. 23. mars 1815. 18. avril 1816. 30. mars 1816. 10. juin 1818. 15. avril 1824. 26. juillet 1826. 23. juin 1827 etc.

Journ. du dr. crim. 1829 p. 252; 1831 p. 176; 1834 p. 203.

Réponse du jury qui n'a prononcé que sur deux caractères de la tentative est incomplète:

Cass. 10. déc. 1818. Bull. n. 146 V. toutefois Cass., 13. janv. 1821. Journ. du dr. crim. 1828 p. 176.

La déclaration portant, qu'il y a tentative de crime, mais que cette tentative n'a pas réuni les caractères spécifiés en l'art. 2, ne présente, au contraire, aucune obscurité. Cass. 9 juillet 1829 Journ. de dr. crim. 1829 p. 252.

113. Auch die Rheinpreussischen Gerichte befolgten diese Praxis.[315] Als man den art. 2 C. p. im übrigen Preussen adoptierte, denn so darf man sich ja wohl ausdrücken, da § 31 eine Übersetzung desselben ist,[316] so musste, da in den bez. Processgesetzen keine Abweichung begründet lag, dieselbe processuale Behandlung als richtig erscheinen. Das Obertribunal hat denn auch diesen Standpunkt adoptiert und es verlangte auf Grund der Processgesetze der alten Provinzen (Verordnung vom 3. Jan. 1849; Gesetz vom 3. Mai 1853) die Feststellung aller Kriterien des § 31 in concreto bei Strafe der Vernichtung in der Instanz; auf Grund der Rhein. Str.-Pr.-O. Art. 195 sah es jedoch für genügend an die Feststellung „dass der Angeschuldigte im Sinne des § 31 Str.-G.-Bs. überführt erscheine“.[317]

114. Diese formelle Regelung führte namentlich bei den Schwurgerichten zu Missständen, indem die Geschworenen, falls

[314] *Chauveau-Adolphe* & *Faustin Hélie*, Traité du C. p. I 389f.
[315] *Goltdammer*, Mat. I 260.
[316] *Berner*, G.-S. 1865.
[317] G.-A. III S. 119 („Aus der Praxis“.).



ihnen nicht die genügende Rechtsbelehrung zu teil wurde, sich durch jenen Zusatz („nur durch äussere, von dem Willen des Thäters unabhängige Umstände gehindert" etc.) häufig beirren liessen, zumal da zum Überfluss oft auch noch die Frage über beendigten Versuch und délit manqué hineinspielte, eine Frage, in Betreff deren bekanntlich allgemeine Verwirrung herrschte und zum Teil auch heute noch herrscht. So kam es, dass nicht selten die sonderbarsten Confusionen vorkamen. Praktiker erhoben daher im Anschluss an concrete Fälle den Ruf nach einer practicableren Formulierung. Freilich war das verkehrt. Denn der Grund der teilweise misslichen Erfahrungen lag nicht am Gesetze, sondern an der Verworrenheit der Juristen über dasselbe und am Ungeschick der Schwurgerichtspräsidenten. Liegen die beiden letzten Factoren vor, so vermag sich allerdings auch ein ideales Gesetz nicht vor den Schwurgerichten zu bewähren. Doch — die Praktiker schlugen Alarm.

115. Erheblichen Einfluss geübt hat ein Aufsatz von *Goltdammer*.[318] Wir gehen auf diesen näher ein, weil man sich bei der Beratung des Nordd. Entw. namentlich von Seiten *Schwarze's* auf diesen berufen hat, und er so für die Behandlung unserer Materie im Str.-G.-B. von Bedeutung geworden ist. Nachdem Goltdammer den „Rechtsfall" berichtet, bei dem die Geschworenen, durch die Fragestellung verwirrt, einen sehr confusen Wahrspruch abgegeben hatten, und er darauf noch eine diesbezügliche Obertribunalentscheidung kritisiert hat, schliesst er hieran die Bemerkung:

„Unverkennbar ist es, dass vielen Unzuträglichkeiten bei der schwurgerichtlichen Verhandlung von Fällen der vorliegenden Art dadurch vorgebeugt werden würde, wenn das Gesetz wie [??][319]

---

[318] G.-A. VIII (1860) S. 618—632 „Zur Lehre vom Versuch. Ein Rechtsfall".

[319] Durchaus nicht alle! Anders (abgesehen von Oldenburg und Waldeck, wo bekanntlich das Preuss. Str.-G.-B. en bloc recipiert wurde) namentlich Österreich, Württemberg, die Länder des gemeinen Rechts. — Hier war schon damals, z. T. seit Jahrhunderten, materiell die französische Fassung in Geltung. P. G.-O.! — Seit 1860 wurde dieselbe übrigens noch in weiteren Particulargesetzen recipiert, nam. Bayern 1861 Art. 47; Lübeck 1863 § 31. Goltdammer's etc. Bedenken verfingen also hier nicht. Genaueres oben Teil II.



die übrigen Deutschen Gesetzbücher und wie das auch in früheren Entwürfen geschehen war, eine einfache Vorschrift über den strafbaren Versuch und eine besondere ihr nachfolgende Vorschrift über die Umstände enthielte, welche die Strafbarkeit des Versuches wieder aufheben". Jetzt sei in jedem einzelnen Falle festzustellen, was dann durch eine Zusatzfrage, die nur auf Antrag oder nach besonderem Ermessen des Gerichtshofes gestellt zu werden brauche, auf Grund Art. 81 des Gesetzes vom 3. Mai 1852 erledigt werden könne.

Hier ist klar und deutlich diejenige äussere Behandlung vorgeschlagen, die wir heute haben, und zwar — dies ist das punctum saliens, — aus rein processualen Erwägungen, insbesondere aus Rücksicht auf die Fragestellung vor den Schwurgerichten.

116. Richtig ist, dass manche Theoretiker eine anderweite Formulierung auch von ihrem wissenschaftlichen Standpunkte aus für richtig hielten, zugleich aber doch immer auf die Practicabilität der äusseren Trennung hinwiesen. Das geschah z. B. von *Zachariae* [320].

117. Beide Ansichten, die praktische und die theoretische, verbindet *Schwarze*.

Derselbe hatte schon i. J. 1854 eine Interpretation und Kritik des § 31 Pr.-Str.-G.-B. geliefert. [321] Beides wird völlig mit einander vermengt und so kommt denn schliesslich eine Auslegung des § 31 heraus, bei der man den letzteren unmöglich wieder erkennen kann. Theoretisch hatte Schwarze den Rücktritt jedenfalls nur für einen Strafausschliessungs-, noch besser Strafmilderungsgrund erklärt! Man merkt den Bann des Sächs. Crim.-G.-B. v. 1838! Natürlich wollte er jenen daher ‚ad separatum' verwiesen haben.

118. Dieser Ansicht blieb *Schwarze* getreu, nur dass er sich mit der Straflosigkeit aussöhnte. Die äussere Trennung schien ihm dagegen durch alle möglichen Rücksichten geboten. Der oben besprochene Aufsatz von *Goltdammer* lieferte ihm die Grundlage zu der Behauptung, dass vor den Geschworenengerichten ein solcher

[320] *Zachariae*, G.-A. V 588. Schiefe Ansichten über das Beweismoment spielen dabei eine Rolle.

[321] *Schwarze* in G.-A. II (1854).

[322] *v. Schwarze* in v. H. H., II S. 303 ff. s. Nr. IX.

Paragraph Unheil anrichten müsse.[323] [324] Darauf kommt S. immer wieder zurück, auch in dem Beitrag, den er in von Holtzendorff's Handbuch lieferte.[325] Auf die letztere Abhandlung dürfen wir schon hier Bezug nehmen, da sie durchaus S.'s Standpunkt im Reichstag charakterisiert. Nebenbei wird l. c. betont, es sei der Rücktritt ein „der bereits vorliegenden strafbaren That nachfolgender Umstand". Der letztere Einwurf wird weiter unten beleuchtet werden.

119. Nach dieser orientierenden Übersicht über die Anfechtungen, welche die Formulierung des Preussischen Str.-G.-Bs. erfahren hatte, wenden wir uns zu dem neuen Gesetzgebungswerke selber.

Der erste Entwurf hatte mit vollem Rechte jene Stimmen ignoriert und einen strafbaren Versuch nur dann angenommen, wenn „die Vollendung des Verbrechens oder Vergehens nur durch äussere, von dem Willen des Thäters unabhängige Umstände gehindert oder unterblieben ist". (Entw.I § 37). Entwurf II dagegen brachte die Änderung. Zwischen beiden liegt die bekannte Bundesratscommission, in der, wie wir vermuten können, *v. Schwarze* seinen Einfluss im Sinne der äusseren Trennung des strafbaren und des straflosen Versuches geltend gemacht hat, natürlich jedenfalls unter Hinweis auf die (in Preussen selbst inzwischen längst überwundenen) Unzuträglichkeiten in der Praxis.

120. Die Motive bemerken zu dieser Änderung (ad § 44 Entw. = § 46 Str.-G.-B.):

„Die Vorschrift des preussischen Strafgesetzbuchs, dass be„hufs Annahme eines strafbaren Versuchs auch festgestellt „werden müsste, es sei die Vollendung des Verbrechens oder Ver„gehens nur durch äussere vom Willen des Thäters unabhängige „Umstände gehindert worden, hat der Entwurf nicht aufgenommen.

„Vielmehr ist es nur für einen Ausschliessungsgrund der an „und für sich verwirkten Strafe zu erachten, wenn der Thäter die „Ausführung der beabsichtigten Handlung aufgegeben hat, ohne

[323] *Berner*, Grundsätze des Pr. Str-Rs. S. 13—16, hatte s. Z. mit Recht darauf hingewiesen, dass die Rechtsbelehrung des Schwurgerichtspräsidenten etwaige Zweifel zu beheben habe.

[324] *Schwar* selb st konnte natürlich darüber als Sachse keine eigene Erfahrung haben.

[325] *Schwarze* in v. H. H. II 303 ff.



„dass er an dieser Ausführung durch Umstände gehindert worden „ist, welche von seinem Willen unabhängig waren“.

121. Diese Auslassung der Motive macht für unsere Auffassung nicht die mindesten Schwierigkeiten: klar und deutlich wird an erster Stelle gesagt, dass die bisherige **Feststellung** über die Zufälligkeit der Nichtvollendung fortfiele — man sieht, das ‚punctum saliens‘ war die angeblich unüberwindliche Misslichkeit der bisherigen Bestimmung vor den Schwurgerichten.

Wenn fernerhin gesagt wird, es **sei der Rücktritt** nur als ein Ausschliessungsgrund **der an** und für sich verwirkten Strafe zu erachten, **so steht das** ganz im Einklang mit dem, was wir oben im § 107 gesagt haben: Die Abgrenzung des strafbaren Versuches ist so weit, dass darin an sich, ohne nachfolgende ausdrückliche Bestimmung, auch der Fall des freiwilligen Rücktritts begriffen sein würde.

Die nachfolgende Disposition, dass derselbe jedoch straflos zu bleiben habe, lässt ihn daher — gegenüber der allgemeinen Bestimmung über Strafbarkeit des Versuchs — als Ausschliessungsgrund erscheinen. **Auch** ist ganz richtig, dass die Strafe an und für sich, d. h. logisch, nach § 43 verwirkt ist, und für unsern Denkprocess erst durch § 46 wieder aufgehoben wird.[326]

Übrigens sind unserer Auffassung nach derartige Auslassungen von „Motiven“ in keiner Weise bindend, falls sie nicht im Gesetz ihre sichere Bestätigung empfangen. Dennoch war es nötig, auf dieselben einzugehen, weil häufig gerade hier ein doppelter Fehler begangen wird: einmal nämlich wird die besprochene Äusserung derselben missverstanden, das andre mal diese missverstandene, zudem jedenfalls völlig unmassgebliche Auslassung als für Interpretation des Gesetzes bestimmend angesehen.

122. Die Änderung des zweiten Entwurfes gegenüber dem ersten bez. dem Preuss. Str.-G.-B. fand durchaus nicht

[326] Man hüte sich aber, dieses logische Nacheinander mit dem zeitlichen der einzelnen Momente eines realen Thatbestandes zu vermengen! Durch § 43 wird die Strafbarkeit für diesen en bloc, also ev. mit Einschluss und trotz des Rücktritts begründet, durch § 46 im Falle des Rücktritts en bloc aufgehoben. Die einzelnen Thatbestandsmomente kommen gar nicht als solche in Betracht, sondern nur der ganze, sie umfassende Thatbestand.



allgemeine Billigung. Namentlich Fachmänner hatten erhebliche Bedenken gegen ein derartiges, keineswegs genügend motiviertes Brechen mit der Vergangenheit. Hatte doch die Formulierung eine vielhundertjährige Geschichte. War sie doch schon in der C.C.C. im wesentlichen fixiert worden, die ja in den neuen Bundesstaaten teilweise noch galt. Und ausserdem, dass sie vielfach erst über Frankreich nach Deutschland zurückgelangt war, das durfte doch wahrhaftig nicht als Grund ihrer Verwerflichkeit erscheinen!

In diese Formulierung oder vielmehr an diese anknüpfend war eine Fülle von Controversen der schwierigsten Art von Wissenschaft und Praxis gelöst worden, die doch alle bei einer neuen Formulierung von neuem zu lösen waren.

123. Ferner muss es als absolute Notwendigkeit erscheinen, dass in jedem Fall sich der Urteilende klar wird, ob das Abbrechen des Versuches bez. seine Erfolglosigkeit am Willen des Thäters lag oder nicht. Von jedem Standpunkt aus, der die Straflosigkeit anerkennen will, kann als ausreichende Garantie für die praktische Durchführung derselben doch schliesslich nur eine derartige Formulierung erscheinen, welche zwingt, in jedem concreten Fall zu untersuchen, ob strafbarer oder strafloser Versuch vorliegt. Unser heutiges Strafrecht will materielle Wahrheit und dieser soll auch der Strafprocess dienen. Deshalb aber muss in unserm Falle correcterweise stets und überall untersucht werden, ob nicht straflos machender Rücktritt vorliegt. Unabhängig muss die Behandlung der Frage vom Antrage eines Beteiligten sein. Gar nichts zu thun hat dieselbe mit dem Beweise; von einer „Verteilung der Beweislast“ zu Ungunsten des Angeklagten ist hier natürlich so wenig, wie irgendwo im Strafprocess die Rede.

Von alledem wird im processualischen Abschnitt der Abhandlung noch ausführlich zu sprechen sein.

124. Erwägungen von der Art mögen es gewesen sein, die den Abg. v. **Kirchmann und Genossen** veranlassten, den mit dem I. Entw. übereinstimmenden Abänderungsantrag einzubringen.[327]

---

[327] S. Nr. 39 II im II. Bd. der Drucksachen des Reichstags 1870 (der Antrag ist unterzeichnet von: v. Kirchmann, Eysoldt, Dr. Meyer-Thorn, Fries, Endemann, Lasker).



Beraten wurde über unsern Gegenstand in der XVI. Sitzung der I. Legislaturperiode, Session 1870, am Dienstag den 8. März 1878.[328]

Der erste Redner war der Abgeordnete **Meyer (Thorn)**, der auch den Antrag mit unterzeichnet hatte. Meyer's Rede ist aus dem Grunde besonders wichtig, weil dieselbe doch gewiss den Standpunkt wiederspiegelte, den auch die übrigen Antragsteller, z. T. hervorragende Juristen, vertraten. M. sprach zunächst über die äussere Abweichung vom Entw. II und Pr.-Str.-G.-B.

„Nun könnte man einwenden", fuhr er darauf fort, „dass dann ja der Abänderungsvorschlag gar keine Veränderung enthält; dass es eine rein theoretische Frage sei, die wir erörtern. Das will ich bis zu einem gewissen Grade zugeben für alle diejenigen Handlungen, die von rechtsgelehrten Richtern entschieden werden, die also in Preussen vor die sogenannten Abteilungen kommen. Aber ich gebe das nicht zu für diejenigen Sachen, die von den Geschworenen zu entscheiden sind. In allen Sachen, in welchen die **Fragen** den Geschworenen formuliert vorzulegen sind, ist es meines Erachtens von keiner bloss theoretischen, sondern von einer sehr praktischen Bedeutung, wenn dasjenige Moment, welches der Entwurf in § 44 Nr. 1 [jetzt § 46] als Strafausschliessungsgrund hinstellt, wenn dieses Moment wieder dahin gebracht wird, wo es unseres Erachtens hingehört, wenn es hingestellt wird als das Erfordernis der Strafbarkeit. Es ist nicht bloss theoretisch, wenn man sagt: Ich will, dass dieses Erfordernis in der **Schuldfrage** festgestellt werde, und ich begnüge mich nicht mit der Möglichkeit, dass es auf Antrag des Angeklagten oder des Verteidigers von der anderen Seite geltend gemacht und auf ihr Verlangen eine besondere **Strafausschliessungsfrage** gestellt werde". Dann wies er auf die deutschen und ausserdeutschen Gesetzgebungen hin und auf die correcte bisherige Bestimmung, sowie am Schluss auf die Bedeutung der Fassung für den untauglichen Versuch. —

Aus dieser Rede geht hervor, dass die Antragsteller die bisherige Behandlung zwar für die naturgemässe hielten, ihr aber keineswegs eine andere als processuale Bedeutung bei der **Fragestellung vor den Geschworenen** beilegten.

---

[328] Stenogr. Bericht I 222b ff.

Sie meinten, das fragliche Moment gehört in die **Schuldfrage**; wird es in eine **Nebenfrage** gestellt, so werde das materielle Resultat gefährdet.

125. Sodann ergriff **Dr. Schwarze** das Wort zur Rechtfertigung der neuen Normierung. Wenn man diese Rede durchliest, so ist man erstaunt über die Flachheit und Oberflächlichkeit, mit der Schwarze einen Gegenstand erfasst hatte, über den er nun bereits fast 20 Jahre schrieb!

Zunächst erklärte *Schwarze*, der Antrag *v. Kirchmann und Genossen* sei „gar nicht so unschuldig, wie er aussehe". Wenn der Dieb nämlich in ein Haus einsteige, um zu stehlen, so habe er bereits eine strafbare Handlung begangen, *v. Kirchmann und Genossen* leugneten dies. — Sonderbar! Der Herr Abg. *Schwarze* musste doch wahrhaftig blind sein, um nicht zu sehen, dass auch der Entwurf II ausdrücklich sagte, „der Versuch bleibt straflos", also die gleiche Auffassung praedicierte. In der That hatten auch *v. Kirchmann und Genossen* gar nicht daran gedacht, wegen eines gar nicht bestehenden Unterschiedes den Entwurf I gegen Entwurf II wiederherzustellen. Ihre Motive ergeben sich deutlich aus *Meyer's* Rede. — Sodann berief sich *Schwarze* darauf, für diese seine Auffassung spräche das Rechtsbewusstsein des Volkes! Eine kühne Behauptung! Überdies völlig bedeutungslos! Denn im neuen Entwurf kam ja dieses Rechtsbewusstsein des Volkes, recte des Herrn *Schwarze*, absolut nicht zum Ausdruck. Nun, die Berufung aufs Rechtsbewusstsein des Volkes klingt immer gut, imponiert den Laien und lässt unklaren Dilettantismus als die wahre, die einzige und alleinige, als die volkstümliche Jurisprudenz erscheinen! —

Schlimmer — die bisherige Formulierung sei nicht deutschrechtlich begründet — kannte *Schwarze* die P.-G.-O. nicht oder erschien ihm dieselbe auch als verwerfliches ausländisches Product? Noch schlimmer! Dieselbe sei französischen Ursprungs. Mit Recht wies der Appellationsgerichtsrat Abg. *Bürgers* am Schlusse der Verhandlung derartige Gegenargumente mit Entschiedenheit zurück.

Was Schwarze bis dahin gesagt hatte, gehörte überhaupt gar nicht hierher. Er griff damit eine Auffassung an, die durch Entw. II gar nicht reformiert wurde.

Einen noch eigenartigeren Eindruck für die Akribie *Schwarze's* macht es, dass er, — um seine Ansicht zu unterstützen — völlig unrichtige Behauptungen thatsächlichen Inhalts aufstellte. Er erklärte: Nur in Bayern und Lübeck wäre eine dem § 31 in der Fassung analoge Bestimmung in Kraft.[329] In Österreich streite man.[329a]

Etwas mehr Kenntnis der Partikulargesetzgebungen [329b] Deutschlands hätte sich wohl von einem Manne wie *Schwarze* erwarten lassen, oder er hätte, wenn er diese Kenntnisse nicht in promptu hatte, eine legislative Versammlung nicht durch falsche Behauptungen beeinflussen sollen. Es war dies um so sonderbarer, als dieselben zur Berichtigung des vom Abg. Meyer Gesagten dienen sollten!!

Schliesslich erklärte er — und das war in seinen ganzen Ausführungen das Einzige, was zur Sache gehörte:

„Auf eins erlaube ich mir am Schlusse noch aufmerksam zu „machen. Die Thatsache steht fest und ist durch die Mitteilung „der preussischen Praktiker nicht bloss, sondern auch in „Frankreich ausser allem Zweifel gesetzt, dass solche Be„stimmungen, wie sie Ihnen vorgeschlagen sind, bei der Frage„stellung der Geschworenen Unsicherheiten und Irrtümer hervor„rufen; denn es ist klar, dass in einer solchen theoretischen „Fassung, wie sie von den Herren vorgeschlagen ist, für den ge„wöhnlichen Laienverstand etwas schwer Begreifliches gefunden

---

[329] Nach dem Zusammenhang können die an dieser Stelle in *Schwarze's* Rede stehenden Worte — die natürlich wie immer die wünschenswerte Klarheit und formelle Exactheit vermissen lassen — nichts anderes heissen, als dass neben Preussen nur in Bayern und Lübeck eine Bestimmung gelte, welche in der Begriffsformulierung des strafbaren Versuches das Moment der Verhinderung durch äussere Umstände enthalte.

[329a] Dass der Rücktritt vom Versuch vor abgeschlossener Thätigkeit straflos mache, war zweifellos. Nur war es ebenso wie anderwärts streitig, ob beim s. g. beendigten Versuch (in dem von uns reprobierten Sinne) der actus contrarius die gleiche Wirkung habe. Richtiger Ansicht nach ist aber auch das letztere auf Grund des § 8 des Öst. G.-B. v. 1852 zu bejahen. — Da *Schwarze* nicht sagte, worauf sich der Streit beziehe, waren seine Worte jedenfalls ganz schief und irreführend.

[329b] Man vgl. unsere Übersicht in Teil II. Selbst zwei der grösseren Staaten, Württemberg und Oldenburg, vergass Schw. zu erwähnen!!

„werden muss!" *Schwarze* verwies darauf wirklich wieder auf den *Goltdammer*'schen Aufsatz, der nun freilich schon eine geraume Zeit zurücklag und in Bezug auf den an unsere oben gemachten Bemerkungen zu erinnern ist.[329c]

126. Der Justizminister **Leonhardt** erklärte nur, dass die Commission den Gegenstand mit der allergrössten Sorgfalt behandelt habe und der Abänderungsantrag dem gegenüber nicht genügend begründet erschiene. — Das hiess allerdings, eine sachliche Entscheidung des Reichstags ablehnen und für die Commission absolutes vertrauensvolles Zustimmen fordern.

127. Die bemerkenswerteste Rede nach der von *Meyer (Thorn)* ist die des Abg. **von Luck**, die ich daher, bei der Wichtigkeit und dem Interesse der vielfach missverstandenen Entstehungsgeschichte, noch anzuführen nicht umhin kann.

Derselbe führte Folgendes aus:

„Wenn ich mein preussisches juristisches Gefühl an den Antrag der HH. *von Kirchmann* und *Meyer* (*Thorn*) anlege, so „nehme ich keinen Anstand, frei zu bekennen, dass ich demselben „voll zustimmen würde. Es haben sich allerdings bei Stellung „der Frage vor den Geschworenen, namentlich in den ersten „Jahren Schwierigkeiten ergeben; der eigentliche Begriff „des strafbaren Versuchs hat sich aber bei uns mit „ausserordentlicher Schnelligkeit eingelebt . . . ."

Dennoch werde er gegen das Amendement stimmen, damit das ganze Strafgesetzbuch, sowie es gedacht und vorgelegt worden, zu Stande käme. Das Gegengewicht fände er in § 44 [heute § 46]. „Ich nehme an", fuhr *v. Luck* fort, „dass ausnahmslos in Schwurgerichten der Verteidiger im Interesse seines Klienten die Frage „auf die beiden Teile des § 44 [46] in jedem Falle stellen wird, „mag die thatsächliche Feststellung dahin gehen oder nicht, wodurch denn die Geschworenen in die Lage kommen,

[329c] Für wie wenig beträchtlich die Bedenken *Goltdammers* von competenter Seite gehalten worden waren, geht daraus hervor, dass Bayern 1861, Lübeck 1863 ganz analog § 31 Pr.Str.-G.-B., Art. 2 C. p. disponiert hatten, der Entw. I Nordd. Str.-G.-B. den alten Standpunkt vertrat und die Preussischen Juristen an ihm festhalten wollten. — Übrigens habe ich seit d. Aufsatz *Goltdammers* (1860) keine Klagen über Unpraktikabilität des § 31 Pr. Str.-G.-B. finden können.

„*den alten Begriff wenigstens annähernd sich klar* „*zu machen und wiederherzustellen.*"

128. Hier ist klar und deutlich ausgesprochen: Am *alten Begriff* des strafbaren Versuches werde durch die Lostrennung des strafbaren *nichts* — oder fast nichts (nämlich insofern als die jetzt gebrauchten Worte den alten nicht völlig gleichwertig sind) — *geändert*. Auch *processual* würden *praktisch* doch *dieselben Fragen*, wie früher, von den *Geschworenen* zu beantworten sein. Vom *preussischen* Standpunkt liege daher, da die Schwierigkeiten überwunden seien, keine Veranlassung zu der Veränderung vor.

Ich möchte hinzufügen, dass auch vom Standpunkt *der andern Staaten* keine Bedenken gegen die Preussische Fassung aufkommen konnten, denn entweder besassen sie bereits dieselbe oder eine analoge und, sofern dies nicht der Fall war, konnten sie sich ev. die Erfahrungen Preussens zu Nutze machen und für eine entsprechende Fragestellung und Rechtsbelehrung bei schwurgerichtlichen Verhandlungen Sorge tragen. Doch -- eine Kritik liegt abseits von unserm Wege!

129. Wir haben die Entstehungsgeschichte gewissenhaft dargelegt. Wir stellen nun die Frage: Kann nach dem, was wir entwickelt haben, ein Zweifel darüber aufkommen, warum die Trennung von strafbarem und straflosem Versuch vorgenommen wurde? m. a. W. warum aus dem einen Paragraphen 31 des Pr. Str.-G.-B's. zwei neue gebildet wurden?

Klar und deutlich, dächten wir, läge es zu Tage: Es war die Rücksicht auf die **processuale Behandlung** vor den **Schwurgerichten**. *Es sollte eine Fassung gewählt werden, die es ermöglichte, die Fragen, ob Versuch, ob Rücktritt vorläge, zu trennen, und die letztere geeignetenfalls wegzulassen.*

Am **Wesen** *der Sache sollte damit* **nichts geändert** *werden* — oder doch nur soviel, als der neue Wortlaut dem alten gegenüber mit sich brachte. Namentlich sollte das Verhältnis des Rücktritts zum Versuchsbegriffe dadurch *nicht* alteriert werden. Dieses zu untersuchen ist nach wie vor *Aufgabe der Wissenschaft*. Das Gesetz begnügte sich damit, einen (weiteren) strafbaren und einen (engeren) straflosen Versuchsthatbe-

stand aufzustellen und das Verhältnis beider unerörtert zu lassen. Dass der Abg. *Schwarze* seine unmassgebliche Privatansicht über den Charakter der Straflosigkeit bei der Gelegenheit dem Reichstag vortrug, ändert natürlich nichts an der Sache. Für den Reichstag waren jedenfalls ausschlaggebend die Rücksichten auf die processuale Practicabilität vor den Schwurgerichten in Verbindung mit der Versicherung eines hervorragenden Preussischen Juristen, dass damit an der Sache selbst nichts oder so gut wie nichts geändert werde. Den Fragen juristischer Construction stand natürlich der Reichstag vollkommen fern. Es kommt also auf den Wortlaut an. Stimmt derselbe mit Schwarze's Privatansicht überein?

130. Nein! Klar und deutlich schliesst schon der Wortlaut die Auffassung aus, dass es sich um einen gesetzlichen Begnadigungsgrund handele.

Die Worte „Der Versuch als solcher bleibt straflos“ lassen in dieser Beziehung kein Deuteln zu.

Die Formulierung, welche der Gesetzgeber gewählt hat, entspricht durchaus unserer Theorie: Die Straflosigkeit des freiwillig abgebrochenen Versuches ist von vornherein feststehend, weil bei ihm der Schluss auf potentielle Identität mit der Vollendung ausgeschlossen ist.

Ausserdem erklärt sie sich direct aus der früheren (preussischen) Definition des strafbaren Versuches: Wollte man diese aus Practicabilitätsgründen von der angehängten Bedingung der Strafbarkeit entlasten, so musste man den umgekehrten Inhalt der Bedingung zu einem selbständigen straflosen Thatbestand erheben.

131. Die hier vertretene Auffassung, einzig möglich dem Wortlaut nach, ist weit davon entfernt, allgemein anerkannt zu sein.

Keineswegs stehen wir jedoch allein mit der Ansicht, dass die Verschiedenheit, welche zwischen der „positiven“ und „negativen“ Behandlung besteht, nur in processualer Beziehung relevant sei.

Gerade einer der namhaftesten Vertreter der Deutschen Strafrechtswissenschaft — Hugo von **Meyer** ist gleicher Meinung wie wir.

„Das geltende Recht, sagt er,[580] entschied sich für die negative Behandlung, eine Regelung, durch welche die Notwendig-

keit einer jedesmaligen Feststellung vermieden wird und die sich als ebenso gerechtfertigt darstellt, als dies mit der negativen Behandlung sonstiger für Schuld und Strafe bedeutsamer Umstände der Fall ist.“

Dabei nimmt Meyer auf das von ihm[331] über Unzurechnungsfähigkeit Gesagte Bezug, welch' letztere ja vom Str.-G.-B. als „Strafausschliessungsgrund“ aufgeführt wird.

Meyer ist also ganz wie wir der Ansicht, dass der Richter, um auf Grund von § 43 Str.-G.-B. zu verurteilen, in concreto die Überzeugung haben muss, dass § 46 nicht vorliege[332]; umgekehrt also: dass das Begriffsmerkmal des casuellen Abbruchs nach wie vor vorliegen müsse, obwohl dasselbe unter gewöhnlichen Verhältnissen ebensowenig wie die Zurechnungsfähigkeit des Angeklagten ausdrücklich festgestellt zu werden braucht.

In der logischen Auffassung des Verhältnisses zwischen strafbarem Versuch und Rücktritt auf Grund des geltenden Rechts stimmt *Meyer* also völlig mit uns überein, wenn er auch den Ursprung der Straflosigkeit philosophisch ganz anders begründet wie wir.[333] Seine uns diametral entgegenstehende Versuchstheorie schliesst in dieser Beziehung natürlich von vornherein eine Übereinstimmung aus.

Auf Grund des Wortlauts von § 46 teilt ferner de lege lata unsere Ansicht *Rubo*[334] während er dieselbe vom allgemeinen Standpunkt verwirft und auch die Tendenz der Entstehungsgeschichte als gegen sie gerichtet betrachtet.

Durchaus auf dem Boden unserer (d. h. der Präsumptions-) Theorie steht von Deutschen nur *Lammasch.*[335] Jedoch beschränkt er die richtige Auffassung auf § 46 Nr. 1, während ihn seine Ansicht über den beendeten Versuch verhindert, auch im Falle von § 46 Nr. 2 das Richtige zu erkennen. Ich verweise auf die ausführliche Besprechung oben Teil III.

132. Was die herrschende Ansicht betrifft, so giebt man zwar fast durchweg zu, dass der Wortlaut für unsere

[330] *Meyer* S. 265.

[331] *Meyer* S. 184—185.

[332] *Meyer* S. 375.

[333] *Meyer* S. 265: vgl. oben Teil III.

[334] *Rubo* Nr. 3 ad § 46 und dazu Olsh. N. 27 ib.

[335] *Lammasch*, das Moment objectiver Gefährlichkeit etc. S. 69 ff.

Auffassung spräche,[336] behauptet aber, aus der Entstehungsgeschichte ginge hervor, dass die Abweichung vom Preussischen Recht einer principiell veränderten Auffassung vom Rücktritt ihr Dasein verdanke und der blosse Wortlaut dagegen nicht aufkommen könne.

Dürfen wir auf unsere Darlegung der Entstehungsgeschichte Bezug nehmen, so besagt diese Behauptung nichts anderes, als dass die im Reichstag ausgesprochene Privatansicht des Abgeordneten *Schwarze* massgebend sein müsse für den Sinn, der dieser Abweichung vom Preussischen Recht beizulegen sei.

Ich denke, die Thorheit dieser Ansicht leuchtet ein. Klar und deutlich geht aus unserer Darstellung hervor, dass der Ausgangspunkt und der Kern der Opposition gegen den § 31 Pr. Str.-G.-B. die angebliche Unpracticabilität desselben für die processuale Behandlung, spec. für die Fragestellung vor den Geschworenengerichten war. Dieses Moment erklärt die Abweichung vollkommen. Mochten einige unklare Köpfe bei der neuen Formulierung auch die Hoffnung haben, ihre eigenen bisher verworfenen Ansichten besser zur Geltung bringen zu können — so waren sie eben durchaus in Irrtum befangen. Denn die neue Formulierung, so wie sie zum Gesetz erhoben wurde, prädicierte genau das bisherige logische Verhältnis. Sollte jene principiell verschiedene Auffassung sanctioniert werden, so musste eine ganz andere Fassung gewählt werden, nämlich eine solche, wie sie namentlich das Crim.-G.-B. für das Herzogtum Braunschweig vom 10. Juli 1840 im § 69 bot.

Doch — dies geschah eben nicht — und der Wortlaut lässt an Klarheit nichts zu wünschen übrig.

Ich frage nun:

Kann man eine Interpretation, welche in eine klare Gesetzesbestimmung eine vollkommen heterogene, an sich schon völlig unmassgebliche Privatansicht eines parlamentarischen Redners hineinzwängt, obwohl der Wortlaut völlig deutlich ist, obwohl er in Harmonie steht mit einer mehr als tausendjährigen legislativen

---

[336] Vgl. *Olshausen* Nr. 4 und 27 ad § 46. *Baumgarten* S. 458f *Oppenhoff* ad § 46 Nr. 1 (X 97). Muster von perverser Interpretation, indem an der eigenen Ansicht der Wortlaut gemessen wird. — *Rüdorff-Stenglein* Nr. 4 (III 179 f.)



Vergangenheit, und obwohl seine, von der bisherigen abweichende Fassung sich aus Prakticabilitätsrücksichten vollkommen und mit der grössten Leichtigkeit erklärt —, kann man, frage ich, eine solche Interpretation anders nennen, als wie den Gipfelpunkt der Verkehrtheit?

133. Wir müssen daher namentlich energischen Protest einlegen gegen die Praxis des Reichsgerichts, sofern dieselbe auf jener beruht. Unten (Cap. III) werden wir noch Gelegenheit haben, einzugehen auf die Consequenzen, welche sich für die Lehre von der Teilnahme aus dieser grundverkehrten Ansicht ergeben sollen. Hier wollen wir die aufgestellten Grundsätze bekämpfen.

Wegen ihres prinzipiellen Charakters[337] wählen wir zur Kritik die Entscheidungen vom 6. Juni 1882; 29. April 1884; 15. März 1886; 25. Nov. 1887; (S. die Anmerkung 337!)

134. Im Urteil des II. Strafsenats v. 6. Juni 1882 ist ausgeführt:

„Das Urteil stellt eine Beihilfe zu einem an sich strafbaren „Versuche fest; der aus § 46 Nr. 1 Str.-G.-B. entnommene Grund „ist lediglich auf die M. S. beschränkt und berührt die Thätigkeit „des Gehilfen und deren Strafbarkeit nicht, da er sich nicht „als Schuld —, sondern als Strafausschliessungs-„grund charakterisiert.“ Wir fragen wie so? Denn aus der Wortfassung vermögen wir das doch nicht zu entnehmen, da von der Straflosigkeit eines Versuches, nicht eines Thäters die Rede ist. Das Reichsgericht sucht seine Auffassung zu begründen und fährt fort: „Stände die Vorschrift in § 46 Nr. 1 „für sich allein, so wäre eher ein Zweifel darüber gerechtfertigt, „ob nicht die Straflosigkeit des nicht beendeten Versuches bei frei-„willigem Rücktritte auf die Annahme einer Schwäche des ver-

---

[337] Hervorzuheben sind in dieser Beziehung überhaupt besonders folgende (Die Entsch. pp. Teilnahme s. unten Cap. III.):

R.-G. I. Urteil vom 13. Jan. 1881 g. G. (E. III. 249—250)
II. Urteil vom 17. Juni 1881 g. M. (E. IV. 290—295) Frage 2.
II. Urteil vom 6. Juni 1882 g. S. (E. VI. 341—343)
II. Urteil vom 29. April 1884 g. L. (E. X. 324–325)
III. Urteil vom 15. März 1886 g. J. (E. XIV. 19—28) bes. S. 24.
II. Urteil vom 25. Nov. 1887 g. K. (E. XVI. 347—349)
Vgl. auch *Fuchsberger* 1882 S. 95—97.
1887 S. 33—35.

„brecherischen Willens, mithin auf die Annahme einer mangelnden „Verschuldung zurückzuführen sei. Allein die Nr. 1 des § 46 „steht im Zusammenhang mit der Nr. 2, welche bei dem beendeten „Versuch den freiwilligen Rücktritt unter gewissen Voraussetzungen „mit Straflosigkeit für die Strafthat belohnt. In dem Falle dieser „Nr. 2, sowie in den Fällen des § 163 Abs. 2 §§ 310, 204, 209, „welche selbst bei vollendetem Reate die thätige Reue als Straf„ausschliessungsgrund gelten lassen, liegt in der vorangegangenen „Thätigkeit eine strafbare Schuld vor". Dies haben wir oben in Abrede gestellt. Das Reichsgericht verkennt, das eine solche strafbare Schuld principiell erst mit dem Aus-der-Hand-geben des Erfolges vorliegen kann und über den Zeitpunkt nach dem Charakter unseres Rechtes das concrete factum entscheiden muss. „Die nach„folgende Thätigkeit vermag den Charakter der Handlung nicht zu „ändern; die Straflosigkeit beruht hier also nicht auf einem in der „Handlung selbst zu suchenden, die Schuld aufhebenden Grunde, „sondern auf Zweckmässigkeitsrücksichten, welche im Interesse der „Rechtssicherheit eine Beförderung der thätigen Reue empfehlen." Der Schluss ist jedenfalls unrichtig. Daraus, dass im Falle 2 bloss ein criminalpolitischer Grund vorläge, würde nicht folgen, dass ein Gleiches auch im Falle 1 gälte. Wie weit der Gesetzgeber in der Bewilligung der Straflosigkeit gehen will, dies ist an sich ganz unabhängig davon, ob der sie begründende Umstand die Schuld ausschliesst, oder bloss politische Begünstigung fordert. Übrigens erledigt sich von unserem Standpunkt aus die Behauptung schon dadurch, dass § 46 Z. 1 und § 46 Z. 2 strafrechtlich vollkommen homogen sind, da positive Thätigkeit und Unterlassen (hier der möglichen Abwendung des Erfolges) criminalistisch denselben Wert haben. „In den Motiven zu §§ 43—46 des Entwurfs des deutschen „Strafgesetzbuchs wird demgemäss die Vorschrift in Nr. 2 des „§ 46 als auf criminalpolitischen Gründen beruhend bezeichnet." Das ist richtig: aber es ist doch bekannt, dass man eben das, was man nicht erklären kann, im Strafrecht als auf „kriminalpolitischen" Rücksichten beruhend ansieht. Überdies ist eine derartige Auslassung der Motive gleichgiltig. Ob etwas als Ausfluss des Rechts oder der Criminalpolitik aufzufassen ist, ist eine Frage der Wissenschaft. „Dasselbe muss auch für die Vorschrift in Nr. 1 „des § 46 gelten, da sie mit jener auf gleiche Linie [!!] gestellt

„ist.“ !! Hier hat die Logik den Verfasser des Urteils einmal völlig im Stich gelassen! Daraus, dass an zwei Thatbestände gleiche Folgen geknüpft sind, folgt doch nicht im mindesten, dass die Gründe, weshalb der Gesetzgeber solche Folgen anknüpft, gleiche sind! — Ausserdem könnte man aus dem Umstand, dass die Motive nur im zweiten Fall criminalpolitische Rücksichten heranziehen, viel eher den Schluss ziehen, dass sie im ersten einen Rechtsgrund angenommen hätten. „Dazu tritt, „dass einzelne der früheren deutschen Strafgesetzbücher, insbe„sondere das preussische vom 14. April 1851 § 31, die Unfrei„willigkeit der Nichtvollendung des Reates als ein Begriffsmerkmal „des strafbaren Versuches hingestellt hatten, das deutsche Straf„gesetzbuch aber diesen Standpunkt verlassen [hat], in § 46 viel„mehr den freiwilligen Rücktritt als Strafausschliessungsgrund be„handelt“ was er mit der Bezeichnung Strafausschliessungsgrund auf sich hat, haben wir oben besprochen „und so durch „die Abweichung zum Ausdruck gebracht hat, dass der Rücktritt „die Schuld bestehen lasse.“ Dass das durchaus nicht der Grund der Abweichung gewesen ist, haben wir oben bewiesen. Ebenso, dass der Wortlaut das gerade Gegenteil besagt. „In den Motiven „des Entwurfes zu §§ 43—46 wird diese Abweichung damit be„gründet, dass es nur für einen Ausschliessungsgrund „rücksicht„lich der an und für sich verwirkten Strafe anzusehen wäre“ „u. s. w.“ Gewiss! Die Strafe ist an und für sich d. h. nach der allgemeinen Regel des § 43 verwirkt, durch den nachfolgenden § 46 wird sie wieder ausgeschlossen. Zudem sind derartige Äusserungen der Motive nicht bindend. (s. o.!)

135. Ein Urteil vom 29. April 1884, gleichfalls vom II. Strafsenat, erklärt dem eben mitgeteilten entsprechend: „Die „Strafbefreiungsgründe des § 46 beruhen auf der criminalpolitischen „Rücksicht, dass auch dann, wenn der Thäter bereits mit der Aus„führung einer strafbaren Handlung begonnen habe, das beab„sichtigte Delict aber noch nicht zur Vollendung gekommen ist, „der Anreiz zur Vollendung der That, somit also auch des dadurch „herbeigeführten schweren Bruches der Rechtsordnung dadurch „vermindert werden müsse, dass für das Aufgeben der That oder „die Verhinderung des Erfolges Straflosigkeit zugesichert wird. „Das Fortschreiten des Versuches zur Vollendung soll dadurch ge-

„hindert werden.“ Wir haben schon oben bemerkt, dass in Bezug auf § 46 Nr. 1 die Annahme eines bloss criminalpolitischen Grundes unmotiviert erscheint, da die Motive ausdrücklich nur bei § 46 Nr. 2 auf einen solchen verweisen und ein Schluss e contrario weit eher Berechtigung hätte. Eine höchst bedenkliche Methode aber ist es, anstatt sich an den Wortlaut zu halten, dem Gesetzgeber Motive unterzuschieben — die er gehabt haben kann, aber nicht gehabt haben muss! — und von diesen aus den Wortlaut zu interpretieren.

136. Doch ist das Reichsgericht nicht durchweg der Ansicht gewesen, dass es nur kriminalpolitische Rücksichten gewesen seien, die im Falle des § 46, 1 Straflosigkeit bewirkt hätten. Etwas abweichend nämlich hat sich der III. Strafsenat 15. März 1886 dahin ausgesprochen:

„Die Straflosigkeit des Thäters im Fall des § 46 Z. 1 [Str.-„G.-B.] beruht auf der Erwägung, dass dessen Rücktritt vom Ver-„suche als aus freier Entschliessung desselben hervorgehend, seinen „verbrecherischen Willen als einen minder nachhaltigen erweist und „auf kriminalpolitischen Rücksichten“. Doch erkenne das Gesetz den Rücktritt des Thäters nicht als Schuldausschliessungsgrund an. Dies ist „nicht die Meinung des Gesetzes, da dasselbe, abweichend „vom Preuss. Str.-G.-B., zum Begriffe des Versuches die „Unfreiwilligkeit der Nichtvollendung der Straftbat nicht fordere „und da die Motive das damit begründen, dass es nur für einen „Strafausschliessungsgrund . . . zu erachten sei . . . Demgemäss „hat sowohl die Rechtssprechung des preuss. O. Trib. vergl. „*Oppenhoff*, Rechtspr. 16, 186 f. 17, 437 f. als die des Reichs-„gerichts . . .“ entschieden.

Es klingt fast, als hätten hier das Reichsgericht Bedenken über seine bisherige Praxis erfasst.

Der III. Strafsenat ruft zur Unterstützung die bisherige Praxis an!

137. Jedoch steht der II. Strafsenat auch noch im Urteil vom 25. Nov. 1887 auf dem alten Standpunkt. Gleichwohl ist unverkennbar, dass das Reichsgericht mehr und mehr beginnt, das erdrückende Gewicht der Gegenargumente zu fühlen.

„Von dieser Auffassung [des preuss. Str.-G.-B.]“ wird hier ausgeführt, „ist bei der Beratung des R. Str.-G.-B. im

Anschluss an das sächsische und andere Strafgesetzbücher abgegangen, um zum Ausdruck zu bringen, dass die Vereitelung des beabsichtigten Vb. oder Vg. von aussen her nicht als Erfordernis der Strafbarkeit, sondern der freiwillige Rücktritt von der Vollendung des beabsichtigten Vb. oder Vg. nur als Strafausschliessungsgrund gelten sollte". Wir haben zur Genüge gesehen, dass dies zwar vom Abg. *Schwarze* so dargestellt worden ist, dass aber der wahre Grund die Rücksicht auf die processuale Prakticabilität war, und diese die Trennung in § 43 und 46 durchaus erklärt. . . . .

„**Allerdings** lässt die Wortfassung „der Versuch bleibt straflos" in § 46 des Str.-G.-B. die Bedeutung der demnächst hervorgehobenen Umstände als Strafausschliessungsgründe oder Strafaufhebungsgründe im Sinne des § 295 der Str.-Pr.-O. nicht genügend hervortreten. Dieselbe Wendung mit dem Sinn einer von vornherein begründeten Straflosigkeit findet sich in § 173 Abs. 4, § 247 Abs. 2 des Str.-G. B. gleichbedeutend mit „ist straflos" in § 209, 257 Abs. 2 . . . ." Hier also bringt das R.-G. selbst Argumente herbei, die gegen seine Auffassung sprechen. „Es kommt aber eben in § 46 des Str.-G.-B. nicht nur der Wortlaut, sondern auch die Sonderung von § 43 des Str.-G.-B. in Betracht, sowie der hiermit nach den Motiven zweifellos verfolgte Zweck der Loslösung der fraglichen Merkmale aus den Elementen des strafbaren Versuchs."

Unsere Darstellung constatiert nunmehr, dass der „Zweck der Loslösung" **ein ganz anderer** gewesen ist, dass dieselbe **allseitig** vom processualen Gesichtspunkte aufgefasst wurde, den auch die Motive offenbar[338a] als punctum saliens bezeichnen; dass ferner die **Motive** gar **nicht** daran **gedacht** haben, § 46, 1 als criminalpolitische Parekbase auszugeben, und dass ebensowenig § 46, 2 wegen der strafrechtlichen Gleichwertigkeit von Handeln und Unterlassen eine andere Auffassung zulässt. Bloss weil die Motive ebenso wie viele Criminalisten dies letztere nicht erkannt haben, sprechen sie in diesem Falle von criminalpolitischen Rücksichten.

138. Hiermit sind die Prämissen des Reichsgerichts

---

[338] Vgl. Anm. 26.

[338a] Die Motive reden von „festgestellt werden".

widerlegt und da dieser hohe Gerichtshof ja durchaus anerkennt, dass die auch von uns vertretene Auffassung[339] durch den Wortlaut unterstützt wird, ist die Hoffnung begründet, derselbe werde seine Praxis ändern.

Gegen das Reichsgericht ist in unserer Frage der Vorwurf zu erheben, dass es sich nicht die Mühe genommen hat, die Entstehungsgeschichte des Gesetzes eingehend nachzuprüfen. Es hat einfach auf Treu und Glauben hingenommen, was der Abgeordnete *Schwarze* in die Welt ausposaunt hat. Hierdurch hatte sich seiner Zeit auch das Obertribunal[340] bestimmen lassen. Und in der That gebe ich zu, dass es schon einer näheren Untersuchung bedarf, um in der Entstehungsgeschichte völlig klar zu sehen. Gerade durch den Antrag *von Kirchmann* ist für eine oberflächliche Betrachtung die Sache noch mehr verdunkelt worden.

Wir glauben, dass nunmehr in Verbindung mit unsrer eingehenden Ausführung über den logischen Wert der verschiedenen Formulierungen alle Zweifel gelöst sind.

Übrigens, — unserer Ansicht nach, kann nach richtigen Interpretationsregeln die Auffassung des Gesetzgebers überhaupt nicht in Betracht kommen, wenn dieselbe gegenüber dem Wortlaut eine Extension des strafbaren Gebietes in sich schliessen würde. Nur das Gesetz, soweit es vom Willen des Gesetzgebers gedeckt wird, ist massgebend. Doch ist hier — rebus sic stantibus – kein Anlass, auf diese Frage näher einzugehen. Dringend wünschenswert wäre freilich, dass unser höchster Gerichtshof in Bezug auf dieselbe zu einer einheitlichen constanten Praxis käme. Denn jetzt wird bald die Entstehungsgeschichte über dem Wortlaut vergessen, bald, wie in unserem Falle, der Wortlaut über der [hier freilich noch dazu **imaginären** !!] Entstehungsgeschichte.

Eng mit dieser allgemeinen Auffassung hängen die Entsch. des R.-G. über die Strafbarkeit der Teilnahme im Falle des Rücktritts zusammen. Natürlich werden wir auch hier gezwungen sein,

[339] Dieselbe scheint besonders in der Praxis — bei Gerichten und Advocaten — stark vertreten, sonst wären die zahlreichen Revisionen pp. § 46 kaum verständlich. Aus der früheren Praxis oberster Gerichtshöfe vgl. *Wolfenbüttel* 7. Dez. 1877.

[340] Bes. Erk. des O.-Trib. G.A. XXIII (1875) S. 191—193. Dasselbe enthält bereits die vorbildlichen falschen Prämissen.



uns der Opposition gegen die Praxis des höchsten Gerichtshofes anzuschliessen.

Bei der Interpretation der einzelnen Merkmale in den Thatbeständen von Rücktritt und Reue werden wir dagegen Gelegenheit haben, manche Entscheidung zu verzeichnen, der wir uns nur voll und ganz anzuschliessen vermögen.

---

139. Das Str.-G.-B. f. d. D. R. kennt Straflosigkeit nicht bloss im Fall des aufgegebenen Versuchs (§ 46), sondern, wie wir gesehen haben, auch noch bei drei Delikten sui generis. Wo liegt hier die ‚ratio'?

Wir haben oben (Teil III) entwickelt, dass das legislative Princip des straflos machenden Rücktritts dahin geht: so lange kein Schaden eintreten konnte, m. a. W. so lange der Thäter den Eintritt oder Nichteintritt eines solchen noch in der Hand hatte, kann er sich durch Aufgeben der ferneren Thätigkeit oder das grundsätzlich gleichwertige Zerstören der bisherigen Thätigkeit in ihrer die Aussenwelt gefährdenden Bedeutung, d. h. durch Abwenden des Erfolges straflos erhalten. Grund ist, dass die Norm erst mit dem endgültigen Aus-der-Hand-geben des Schadenserfolges übertreten ist. So vom allgemeinen Standpunkt.

140. Das Deutsche Str.-G.-B. hat einen generellen Grundsatz dieser Art nicht adoptiert. In der Form, wie wir ihn aufgestellt haben, passt er auch nicht für das System unseres Gesetzbuchs: denn nach diesem entscheidet principiell erst der factische Erfolg über die Würdigung einer Strafthat: namentlich bestimmt sich danach principiell die Beantwortung der Frage, ob bloss Versuch oder schon Vollendung vorliegt.

Der Grundsatz, den wir statuiert haben, bedürfte also in seiner Anwendung auf ein Recht, wie das unsere heutige, eine Modification oder vielmehr eine Erweiterung, dahin: dass der Thäter zurück kann, solange ihm nicht der Eintritt des Erfolges (bez. die Sicherheit des Nichterfolges) dies thatsächlich unmöglich gemacht hat.

In der That lauten dem entsprechend die beiden für uns in Betracht kommenden Thatbestände des § **163** und **310**. Verwandt ist § **158**, der nur Strafmilderung gewährt.

Während diese §§ in der Structur § 46.2. entsprechen, ist § 204 ein Seitenstück des speciellen Teils zum § 46.1. des allge-

meinen. Da nämlich die in §§ 201—203 bezeichneten Handlungen für sich nicht als Versuch etc. des Zweikampfes vom Richter bestraft werden könnten, doch aber aus ihnen principiell darauf geschlossen werden kann, dass die Parteien oder eine derselben, sich selbst überlassen, es zur Vollendung gebracht haben würden, so sieht sich das Gesetz veranlasst, selbständige Thatbestände zu construieren, diesen aber materiell die Behandlung als Versuch zu wahren.

140a. An sich lässt sich nicht in Abrede stellen, dass hier ein Princip vorliegt, und zwar das von uns oben dargelegte. Dem Gesetzgeber schwebt bei der Aufstellung eines jeden Delictthatbestandes ein gewisser Schade vor; das Normale ist, dass er diesen zum Culminationspunkt des Delictes erhebt, m. a. W. die Vollendung mit ihm eintreten lässt. Letzteres richtigerweise allerdings nicht in dem Sinne, dass der factische Eintritt des Schadens entscheiden soll über die Vollendung des Delictes, sondern vielmehr die vollendete Verschuldung in Bezug auf denselben. Diese aber liegt dann voll vor, wenn der Thäter den eventuellen Eintritt nicht mehr zu hindern vermag. Wann dies ist, ist quaestio facti. Dass dieser Schade nun vielfach nicht als natürlicher Vollendungspunkt in den Thatbestand aufgenommen wird, erklärt sich aus Rücksichten der Prakticabilität. Oft kann eine gewisse Handlung bald diesen bald jenen Schaden, aber doch immer Schaden nach sich ziehen. Als durchaus entsprechend muss es aber erscheinen, dass der Gesetzgeber bei diesen Thatbeständen, die einen vor dem natürlichen liegenden künstlichen Vollendungspunkt erhalten haben, doch in der für ihren materiellen Versuchscharakter eigentümlichen Möglichkeit des Rücktritts bez. der Schadensabwendung die gleiche Behandlung eintreten lässt, als fiele Vollendung und Schadenseintritt zusammen.

140b. Dies ist nun freilich nicht der Standpunkt unseres Gesetzes. Versuch und Vollendung sind ihm wesentlich formelle Begriffe. In jenen Fällen liegt also nur ein Durchbrechen dieser Principien vor, wie die Motive versichern, veranlasst durch criminalpolitische Rücksichten. Doch, wie wir schon oben gesagt haben, was dem Gesetzgeber praktisch notwendig, aber nicht aus allgemeinen Principien zu rechtfertigen erscheint, das schreibt er auf Rechnung der Criminalpolitik. In

Wirklichkeit macht sich auch hier häufig ein allgemeiner Gedanke geltend, in unserm Falle der, dass der Schaden principiell den Culminationspunkt jedes Delicts bezeichnet und der Eintritt jenes, die Vollendung dieses in constanter Relation stehen.

141. Was übrigens die Formulierung der fraglichen Bestimmungen betrifft, so bestimmt

§ **163**: „Straflosigkeit *tritt ein*, wenn —",

§ **310**: „Hat —, so *tritt* Straflosigkeit *ein*".

§ **204**: „Die Strafe — *fällt weg*, wenn —".

Auch hier hat jedoch *dieselbe Auffassung* zu gelten, wie bez. der Worte des § 46: „Der Versuch — *bleibt* straflos". Denn der factische Thatbestand, das corpus delicti (i. d. S.), kommt stets nur als Produkt sämtlicher vom Gesetzgeber als relevant bezeichneter Factoren, stets als Ganzes, als Einheit in Betracht. Die einzelnen factischen Momente haben als solche keine Sonderexistenz im juristischen Sinne. So liegen denn auch hier überall von vornherein *straflose Thatbestände* vor. Für unsern *Denkprocess* ist freilich zunächst nach den vorausgehenden Gesetzesparagraphen Strafbarkeit begründet und diese „fällt" durch die nachfolgende Bestimmung „weg". Auch ist es selbstverständlich richtig, dass der Thäter — vor Vollziehung des actus contrarius sistiert — strafbar gewesen wäre. Aber da dies eben nicht der Fall ist, bildet diese conträre Thätigkeit mit der früheren einen ganz neuen factischen Thatbestand, der unter dem abstracten der resp. §§ 163, 204, 310 zu subsumieren ist.

Die Fassung „*tritt ein*" und „*fällt weg*" rechtfertigt sich daher von selbst. Es ist völlig unrichtig, wenn das R.-G.[341] darin eine relevante Abweichung sehen will. Namentlich scheint dasselbe ganz zu übersehen, dass anderwärts auch die Fassung „[*eine Strafe*] tritt ein" gewählt ist. Oder will das hohe Gericht etwa behaupten, dass für den § 202 wirklich — d. h. nicht in der logischen, sondern in der realen Welt — erst die Strafe des § 201 und dann erst die des § 202 begründet würde? Das Beispiel ist schlagend, weil hier diese Auffassung völlig unmöglich ist, indem § 202 bloss durch die Absicht qualificiert ist, die kein zeitlich nachfolgender Umstand genannt werden kann! — Trotzdem sagt der Gesetzgeber: die Strafe „tritt ein". Und ebenso wie

---

[341] *R.-G* II 25 Nov. 1887 c. K, (*R.* IX S. 651 Abs. 2).

eine Strafe „eintreten“ kann, darf doch wohl auch Straflosigkeit „eintreten“, ohne dass hier ein anderes logisches Verhältnis anzunehmen wäre!

U. E. ist übrigens die hier gegebene Erörterung der Frage ohne praktische Consequenzen, da die Straflosigkeit der Teilnehmer (s. Cap. III) ohnehin anzunehmen ist und in processualer Beziehung nach dem klaren Willen des Gesetzgebers in Verbindung mit § 295 Abs. 2 Str.-Pr.-O. eine Nebenfrage in jedem Fall zulässig ist, obwohl dies dem sonst festgehaltenen Principe widerspricht und keine Billigung verdient.

II. Capitel.

Umfang und Erfordernisse der Straflosigkeit in den einzelnen Fällen.

A. § 46 D. Str.-G.-B.

I. Umfang:

142. Rücktritt vom „Versuch“.— 143—49. Streitige Fälle. — 143. Rücktritt vom (a) „Unternehmen“. Argumentation gegen die Straflosigkeit. — 144. Argumentation für die Straflosigkeit — 145. R.-G. — 146. Rücktritt vom (b) „qualificierten Versuch“. — 147. Die Qualificationsthatbestände. 148. Rücktritt vom (c) „beendeten Versuch“? — 149. Délit manqué.

II. Erfordernisse:

150. Erfordernisse i. A. — 151. § 46 i. A. Seine Doppelgestaltung. — 152. Erfordernisse des § 46, 1. — 153. (1.) „Aufgeben“, (2.) und (3.) „Ausführung“. — 154. (4.) Die Hinderung des Thäters durch „Umstände, welche von seinem Willen unabhängig waren“. — 155. Erfordernisse des § 46 Z. 2. Freiwilligkeit. — 156. „Eigene Thätigkeit“. — 157. „Zu einer Zeit etc.“ Sinn dieser Clausel. — 158. „Entdeckung“. — 159. R.-G.

B. § 204.

160. Erfordernis: Freiwilligkeit.

C. § 163 Str.-G.-B.

161. Erfordernisse (a) conträre Thätigkeit. — 162. (b) Nichtentdeckung. 163. (c) Nichteintritt eines Schadens.

D. § 310.

164. Umfang. — 165. Mangelnder Schaden. — 166. Nichtentdeckung.

142. Der § 46 ist der Prototypus für alle Fälle, in denen das D. Str.-G.-B. bei einem Verhalten, welches die Entstehung des zuvor angestrebten Delictsübels wieder ausschliesst, Straflosigkeit gewährt.

Untersuchen wir diesen Musterfall an erster Stelle!

Wir stossen von vornherein auf erhebliche Schwierigkeiten. „Der Versuch als solcher bleibt straflos"? Wie weit reicht der Versuchsbegriff, bei dem der Gesetzgeber die Möglichkeit eines straflosen Rücktritts anerkennen will? und ist nicht schon häufig ein solcher mit logischer Notwendigkeit ausgeschlossen, obwohl nur Versuch vorliegt, d. h. der Erfolg nicht eingetreten ist? Es entstehen 3 Fragen.

a. Bezieht sich der Begriff Versuch im § 46 nur auf die Fälle, in denen § 43 Anwendung leidet? (Rücktritt vom „Unternehmen".)

b. Ergreift die Straflosigkeit eventuell auch den in einem freiwillig abgebrochenen „Versuche" enthaltenen Thatbestand einer selbständigen Pönalisierung (Rücktritt vom „qualificierten Versuch").

c. Wie lange ist bei einem menschlichen Verhalten, welches in Relation steht zum Eintritt eines Erfolges, überhaupt ein „Rücktritt" möglich? (Rücktritt vom „beendeten Versuch"?)

143. (a.) Bei der ersten Frage handelt es sich darum, ob der Gesetzgeber die Straflosigkeit des Rücktritts auf die Fälle hat beschränken wollen, in denen der formelle Begriff des § 43 an sich die Strafbarkeit begründet hat.

Das praktische Interesse an dem Ausfall unserer Antwort concentriert sich also auf den Fall, wo ein Versuchsthatbestand zum ‚delictum sui generis' erhoben ist.

Die Frage ist, da hier wieder die allgemeinen Interpretationsregeln ausschlaggebend sind und über diese noch allenthalben Unsicherheit herrscht, eine schwierige und überaus bestrittene.

Wir müssen offen gestehen, das wir früher uns durch rein formale Rücksichten haben bestimmen lassen, in diesem Falle die Straflosigkeit auszuschliessen.

„Der Versuchsbegriff im 2. Abschnitt des Allgemeinen Teils „des Str.-G.-B. — führten wir aus — steht gerade im Gegensatz zu

„den Thatbeständen des Speciellen Teils. Er will eine zu diesen „accessorische Strafbarkeit begründen. Also muss er sie begrifflich voraussetzen. Wo nun etwas schon nach dem Spec. Teil des „Str.-G.-Bs. strafbar ist, so ist es eben principal und nicht erst „accessorisch strafbar. Freilich ist der Fall denkbar, dass die „Materie, die primär strafbar ist, auch secundär strafbar sein „würde, durch Combination eines Thatbestandes des Spec. Teils „mit dem Versuchsbegriff des allgemeinen: aber wenn der letztere „über diese Materie schon speciell disponiert hat, so ist dieselbe „eben bereits verbraucht und es bleibt kein Inhalt für die Materie „übrig, die sonst accessorisch strafbar sein würde.

„§ 46 aber ist, wie wir oben gesehen haben, in materiell-„indivisiblem Zusammenhang mit § 43 zu verstehen, indem er mit „diesem e i n begriffliches Ganze bildet. Überall da, wo der „letztere abstract nicht anwendbar ist, cessiert auch er not-„wendigerweise.

„Wo also etwas schon strafbar ist ohne Heranziehung des „erst accessorische Strafbarkeit begründenden allgemeinen Versuchsbegriffes, da kann auch die Dispostion des § 46 absolut keine „Anwendung finden — und umgekehrt. Anders wäre nur dann zu „entscheiden, wenn das Gesetz einen Vollendungsbegriff aufstellte, „der von dem des speciellen Teils verschieden wäre — oder doch „dazu berechtigte, einen solchen anzunehmen.

„Dieses aber ist in keiner Weise der Fall. Vielmehr disponiert überall da, wo, wie wir gesehen haben, ausnahmsweise Versuchsgrundsätze in Anwendung gebracht werden sollen, das Gesetz „ausdrücklich. Dies aber wäre völlig unnötig, wenn die Versuchs-„grundsätze sich auf einen ausserhalb des speciellen Thatbestandes „liegenden Vollendungsbegriff bezögen — der nach dem Charakter „des Str.-G.-Bs. kein anderer als der Eintritt des eigentümlichen „Delictschadens sein könnte. So aber giebt es nach dem D. Str.-„G.-B. keinen andern Vollendungsbegriff, als den, welcher in der „Erfüllung eines Thatbestandes des Spec. Teils liegt. — —

„Der Begriff „Versuch“ ist demnach im heutigen Str.-G.-B. „ein formeller; daher tritt an sich überall dann auch wirklich die „Straflosigkeit des § 46 ein, wo etwas unter der Signatur „Versuch“ gemäss der in § 48 enthaltenen Definition des Gesetzes in „Betracht kommt; ü b e r a l l dann, aber auch n u r dann.

„Ein Beispiel für den ersteren Fall bietet § 80, für letzteren „mehrere andere Thatbestände desselben Abschnitts (Hochverrat „und Landesverrat), ferner namentlich der § 159.

„Allerdings ist bei dieser Auslegung die Ungleichheit frap- „pierend, die sich aus der verschiedenen äusseren Behandlung in „§ 80 und 81 ergiebt: Der Versuch des Kaisermordes etc. (§ 80) „ist demnach bei Rücktritt straflos, das Unternehmen des Fürsten- „mordes bleibt dagegen in jedem Falle strafbar.

„Hier liegt offenbar ein Versehen vor, welches sich historisch „leicht erklärt: Die §§ 80 und 81 waren im Entwurf vereinigt „und Todesstrafe angedroht. Letztere war bekanntlich ursprüng- „lich vom Reichstag principiell verworfen worden, und als sie auf „den Druck der Regierung hin wieder aufgenommen wurde, ging „man wenigstens darauf aus, sie möglichst zu beschränken: Darum „spaltete man den ursprünglich einen Thatbestand in schwerste und „nicht ganz so schwere Fälle. So entstand der § 80 (Antrag „von Kardorff) in seiner unbedachten Formulierung, die nicht ge- „wollte Consequenzen nach sich ziehen muss.

„Man hat nun behauptet, dass, wenn ausnahmsweise das Ge- „setz schon Vorbereitungshandlungen mit einer besonderen Strafe „bedrohe, doch wenigstens hier der Rücktritt straflos bleiben „müsse. Denn hier sei der Schluss ex majore ad minus gerecht- „fertigt. Dies könnte aber doch nur dann der Fall sein, ist darauf „zu erwidern, wenn das ‚majus‘ „Versuch“ sein würde.

„Doch in den Fällen, um die es sich hier handelt, liegt eben „ein „Unternehmen“ vor, von dem, wie ausgeführt, kein Rücktritt „gesetzlich in Betracht kommt. Deshalb ist hier von einem Schluss „‚ex majore ad minus‘ gar keine Rede. Denn das hier vorliegende „‚majus‘ (das „Unternehmen“) ist primär strafbar, nicht erst „accessorisch (als „Versuch“). Die Anwendung der Dispostion des „§ 46 ist also bei dem ‚majus‘ ausgeschlossen. Darum kann auch „nicht gefolgert werden, dass auf das ‚minus‘, die Vorbereitung, „§ 46 Anwendung finden müsse.

„Von „Versuch“ ist, wie gesagt, beim Hochverrat nur im „Falle des § 80 die Rede. Sonst liegt ein Unternehmen oder eine „dieses vorbereitende Handlung vor. Die Grundsätze des zweiten „Abschn. des Allg. Teils können daher bei Hochverrat nur im § 80 „zur Anwendung kommen. Im übrigen giebt es keinen „Versuch“;

„denn alles erscheint als Unternehmen oder eine das hoch-„verräterische Unternehmen vorbereitende Handlung. Da-„neben ist für den Versuchsbegriff absolut kein Raum: er würde „jedes Inhalts ermangeln, den der Gesetzgeber auf selbständige „Thatbestände zu verteilen für gut befunden hat".

144. Die vorstehenden Ausführungen basieren auf einer Interpretation, die gegenüber einem so unvollkommenen Werke, wie dem D. Str.-G.-B. durchaus unzulässig ist. Denn dieses lässt formelle Exactheit in dem Masse vermissen, dass z. B. kaum ein terminus als technischer in allen Fällen festgehalten ist. Hier kann dem Worte also nur eine Bedeutung zukommen als Anhaltepunkt für den gesetzgeberischen Willen.[342] Ist dieser ersichtlich? Ich denke allerdings! Es geht mit Sicherheit aus der Entstehungsgeschichte schon des Preuss. Str.-G.-Bs. (§§ 61 ff.) hervor, dass man bewusst im „Unternehmen" den Begriff des Versuches mitenthalten sah. Ein unwiderlegliches, schlagendes und völlig überwältigendes Argument aber ist, dass der Reichstag, durch den § 80, der klar und deutlich nur den schwersten Fall des jetzigen § 81 treffen wollte, ausdrücklich formuliert hat „der Mord und der Versuch des Mordes". In diesem — dem schwersten Falle — ist es also gar nicht anders möglich, als Straflosigkeit des Rücktritts anzunehmen. Der Umstand, dass §§ 81 u. a. der Ausdruck „Unternehmen" gebraucht ist, kann, sofern dieses Versuch ist, die Straflosigkeit nicht ausschliessen. Denn das Unternehmen schliesst ja thatsächlich nicht bloss einen materiellen Versuchsbegriff in sich, sondern wirklich den formellen des § 43. Der Gesetzgeber ist sich dessen vollkommen bewusst gewesen, und hat sogar, wo es die Prakticabilität der Formulierung wünschenswert machte, den

---

[342] Selbstverständlich abgesehen von der obersten Regel aller strafrechtlichen Interpretation, dass nie, in keinem Falle und unter keinen Umständen irgend etwas für irgend strafbar angenommen werden darf, was nicht vom Wortlaut des Gesetzes gedeckt wird. Denn diesem Bestreben, den Bürger vor richterlicher Willkür zu schützen, verdankt die gesetzliche Fixierung der Thatbestände des Strafrechts, die sonst erhebliche Bedenken haben würde, ihren Ursprung. Hierauf beruhen die Sätze ‚nulla poena sine lege, ‚nullum crimen sine lege', ‚nulla poena sine crimine'. — Der Wortlaut bezeichnet die Grenzen, innerhalb deren Strafe verhängt werden kann, und, wo kein entgegenstehender Wille des Gesetzgebers, — also kein lapsus calami! — anzunehmen ist, verhängt werden muss.

Begriff „Versuch" wieder substituiert. (§ 80). Er verfolgt also keinen andern Zweck mit der Formulierung „Unternehmen", als dadurch auch schon äusserlich die gleiche Strafbarkeit von Versuch und Vollendung in die Augen springen zu lassen.[343] Er folgt damit dem R.-R., der mittelalterlichen Doctrin von den delicta atrocissima und den Preuss. Traditionen. Wir halten dies auch für correct — aber nicht bloss beim Hochverrat. Für die Straflosigkeit des Rücktritts ist übrigens das Mass der Strafe des Versuchs natürlich völlig irrelevant. (Röm. Recht, Code Pénal etc.)

Die Frage, ob im Falle des „Unternehmens" etc. strafloser Rücktritt de lege lata anzunehmen sei, ist eine unglaublich streitige. Für unsre Ansicht fällt schwer in die Wagschale die Entstehungsgeschichte und die auf ihr basierende frühere Preussische Theorie und Praxis. Hier war man durchaus der Ansicht, dass die fraglichen Thatbestände „nur als besonders bedrohte Versuchshandlungen eines ausserdem im Gesetzbuch enthaltenen Verbrechensbegriffes aufzufassen seien; deshalb schon sei ein Versuch derselben nicht weiter möglich, während die allgemeinen Regeln über den Versuch auch auf sie Anwendung fänden". Trefflich hat s. Z. *Hälschner* die Sache erörtert.[344]

Gegenwärtig hat diese Ansicht an Boden verloren, jedoch entspricht jene von uns selbst früher geteilte formalistische Auslegung sicher weder dem Willen des Gesetzgebers noch lässt sich dieselbe der Entstehungsgeschichte gegenüber halten. Wir verweisen in Bezug auf den Standpunkt der Controverse in der Wissenschaft auf die Anm.[345]

---

[343] Wenn *Binding* auch dies leugnet, — Grundriss S. 119 — so ist dies nicht ernst zu nehmen!

[344] *Hälschner* Pr. Str.-R. II 212 u. 173 (Vgl. auch *Hiller* Grünhut V (1878 S. 284 ff.).

Zachariae G.-A. III S. 171 ff. (173); V. 581.

[345] Nach D. Reichs-R. wird Straflosigkeit des Rücktritts beim „Unternehmen" etc. angenommen von *Binding*, Grundriss § 61 3 c. bb. S. 119 und nam. *Wächter*, D. Str.-R. S. 200 bei und in Anm. 5. Die fraglichen Thatbestände sind nach ihm „nur besonders verpönte Versuche eines Verbrechens; es sind also auf sie im übrigen die Grundsätze über Versuch anzuwenden".

Geleugnet wird Straflosigkeit von *Schütze*, *Berner*, *Schwarze*, *v. Liszt*, Lb., § 47. V. S. 204, der sich jedoch sehr vorsichtig ausdrückt

145. Auch hier müssen wir uns wieder gegen die Ansicht des Reichsgerichts erklären, welches beim Falle des § 159 Stellung zu unsrer Frage genommen hat.[346]

„Die Voraussetzung ist unrichtig", führt dasselbe aus, „dass „das Verbrechen aus § 159 Str.-G.-B. begrifflich nichts anderes „als ein Versuch sei, daher auch die auf letzteren bezüglichen „Vorschriften darauf Anwendung finden müssten. Denn mag es „auch nicht zu bestreiten sein, dass das Verbrechen des erfolglosen „Unternehmens, zum Meineide zu verleiten (§ 159 Str.-G.-B.), sich „historisch und in Fortbildung des § 130 preuss. Str.-G.-Bs. aus „der Lehre von dem Versuche, welche früher diese That als straf- „los erkannt hatte, herausentwickelt hat, indem das fortschreitende „Rechtsbewusstsein dahindrängte, dieselbe wegen ihrer Gemein- „gefährlichkeit unter Strafe zu stellen" — bis hierher eine recht gute (wenn auch nicht elegante) Entwicklung dafür, warum der Rücktritt straflos sein müsse — „so handelt es sich gegenwärtig „nicht mehr um einen Verbrechensversuch, sondern um ein vollen- „detes Verbrechen, auf welches blos mit Rücksicht auf seinen ge- „netischen Zusammenhang mit der Versuchslehre deren Grundsätze „nicht ohne weiteres Anwendung zu finden haben. Die Natur des

---

(„es entspricht wohl am meisten [!] der Absicht des Gesetzes, hier die strafaufhebende Wirkung des Rücktritts auszuschliessen"); *v. Meyer*, Lb. S. 267 bis 268 („Nach der singulären Natur dieses Strafausschliessungsgrundes ist derselbe nicht auszudehnen" u. s. w.); *Oppenhoff*, ad § 46 Nr. 3 S. 97; *Rüdorff-Stenglein*, ad § 46 N. 7 S. 180; *Baumgarten*, S. 470–471. *Knitschky*, Hochverrat, 162.

Bei den „Vorbereitungshandlungen" sollten diese Autoren nach den Grundsätzen der Logik ein Gleiches anerkennen. Dies thut auch *v. Liszt* S. 204. Dagegen werden jene Grundsätze verleugnet von *v Meyer*, Lb. S. 268; *John*, v. H. H. III 30; *Baumgarten* 471. (Vgl. dagegen oben den Text in § 43.).

In Bezug auf **Österreich**, wo ganz analoge Bestimmungen bestehen *Hiller*, Grünhut V (1878) S. 284 ff.: S. 303: für Straflosigkeit, *Jenull*, (II 13), *Zeiller*, (Jährl. Beiträge I 128) [Str.-G. von 1803 § 7 ≌ Str.-G. von 1852 § 8; § 56 ≌ § 62]. Dagegen *Hiller*, S. 303. — Öst. Entw. § 92 (A. E. § 93) für Straflosigkeit, „wenn der Schuldige aus eigenem Antriebe .... von der Vorbereitung oder begonnenen Ausführung des Unternehmens zurücktritt".

[346] R.-G. II Str.-Sen. Urteil v. 29. April 1884 g. L. (E. X, 324—325.) Dagegen richtig *Voigt* in G.-A. XXVIII 241 und *Schwarze* S. 103.

„Delictes aus § 159 Str.-G.-Bs. wird vielmehr zunächst aus sich „selbst zu beurteilen sein, und von diesem Gesichtspunkt aus muss „es für richtig erachtet werden, dass der § 46 a. a. O. darauf keinerlei „Anwendung finden kann.“ — — „Hat aber, wie dieses bei § 159 „Str.-G.-Bs. der Fall, das Gesetz unter speciellen Voraussetzungen „das Vorhandensein eines Versuches für ein so schweres Delict „angesehen, dass es sich veranlasst fand, dasselbe aus dem Ver-„suchssysteme herauszulösen und als neue Delictsspecies, welche „davon, ob die Anstiftung gelungen und der falsche Eid geleistet „worden ist, also von der accessorischen Natur der Anstiftung ganz „absieht, mit einer besonderen Strafe zu belegen, so kann nicht „davon die Rede sein, lediglich deshalb, weil die Bedingungen des „§ 46 a. a. O. vorliegen, die beabsichtigte Behandlung der That aus „§ 159 a. a. O. als selbständiges vollendetes Delict wieder auf-„zuheben und letztere in die Kategorie der Versuchshandlungen „zurückzuversetzen, aus welcher sie gerade hat entfernt werden „sollen. Zu solcher Annahme würde es einer positiven Gesetzes-„vorschrift bedurft haben, welche nicht vorliegt“.

Die Expectoration im vorletzten Satz verstehe ich in der That nicht. Das Reichsgericht hat ja oben selber dargelegt, woher die Aufstellung des § 159 zu datieren ist! Es sollte hier der Versuch der Anstiftung mit getroffen werden, und, da sich die Strafbarkeit des Versuches der Teilnahme de lege lata nicht construieren lässt, musste ein besonderer Thatbestand aufgestellt werden. Von einer Loslösung aus einem bisherigen Versuchszusammenhang konnte keine Rede sein, vielmehr wurde eben ein ganz neuer Versuch für strafbar erklärt. — Zum Überfluss war es bei Emanation des § 159 durchaus ‚communis opinino‘, dass nach dem Pr. Str.-G.-B. die Thatbestände mit „wer — sucht“ bei Rücktritt straflos blieben. Also: es ist so sehr falsch, dass hier eine ausdrückliche Gesetzesvorschrift erforderlich gewesen wäre, um die Anwendbarkeit von § 46 zu begründen, dass im Gegenteil ganz sicher der Gesetzgeber, hätte er straflosen Rücktritt nicht anerkennen wollen, eine andre diesen unzweideutig ausschliessende Formulierung gewählt haben würde.

Übrigens, wenn man in § 204 ein Argument dafür sehen will (vgl. oben), dass der Gesetzgeber den Rücktritt ausdrücklich verbis expressis hätte anerkennen müssen, wenn er ihm hätte

Statt geben wollen[347], so beruht dies auf einer durchaus haltlosen Auffassung.

In § 201 liegen die Verhältnisse vollkommen anders, wie im Falle eines „Unternehmens". Die Herausforderung zum Zweikampf ist durchaus ein Thatbestand, der nicht nur in der Richtung auf das etwa wirklich stattfindende Duell als strafbar erscheint, sondern der durchaus geeignet ist, selbständig ein Delict zu constituieren. Als Delictsübel braucht dem Gesetzgeber gar nicht das Duell zu erscheinen, sondern schon die „alarme jetée dans la société". Und diese ist erheblich genug, um die Herausforderung als solche strafbar erscheinen zu lassen. Niemand denkt z. B. daran, jemanden, der mit einem Verbrechen „bedroht" hat, deshalb straflos zu lassen, weil er dasselbe ohne äussere Hinderung nicht ausgeführt hat. — Da dieser Gedanke im Fall des § 201 sehr nahe liegt, war es hier allerdings nötig, durch die Anerkennung der Straflosigkeit beim freiwilligen Aufgeben die gesetzgeberische Auffassung dieses Thatbestandes als einer blossen Vorbereitungshandlung des Zweikampfes zum Ausdruck zu bringen. Jene Argumentation[348] ist daher eine durchaus verfehlte.

146. (b.) Die Straflosigkeit, welche im Falle des § 46 Str.-G.-B. garantiert wird, ist nicht von der Intensität, dass sie auch diejenigen Handlungen, welche in concreto einen Anfang der Ausführung des beabsichtigten Verbrechens enthalten, bloss wegen dieser Eigenschaft dem Strafanspruch des Staates im Falle des Rücktritts entrückte. Vielmehr: sofern dieselben schon an sich einen gesetzlichen Thatbestand erfüllen, unterliegen sie den auf diese gesetzten Strafen; d. h. mit andern Worten: Durch den Rücktritt werden diese Handlungen bloss losgelöst von der Beziehung zu dem beabsichtigt gewesenen Verbrechen, ohne dass damit über ihre anderweite Pönalrelation entschieden wäre. Man formuliert das in der Regel so: nur der einfache d. h. nicht qualificierte Versuch werde dadurch völlig straflos, bei dem qualificierten blieben die Qualificationshandlungen strafbar.

Um dies auszudrücken, sagt das Str.-G.-B. ungeschickt und zweideutig wie immer, der Versuch „als solcher" bleibt straflos.[348] Der Sinn dieser Worte ist allerdings nach der Entstehungsgeschichte

---

[347] So nam. *Olshausen* ad § 46 Nr. 5 S. 168.

[348] Vgl. *Olshausen* ad § 46 Nr. 3 S. 168



völlig klar, wenn auch z. B. Geyer[349] nicht umhin gekonnt hat, ihn als Argument für seine irrige Ansicht heranzuziehen. Die fraglichen Worte sollen nämlich zeigen, dass „§ 46 nur einen Strafausschliessungsgrund, für denjenigen, welcher ihm entsprechend sich verhält, aufstellt“, die Teilnehmer also strafbar blieben.

Wie *Geyer* das herauslesen will, ist mir ein völliges Rätsel.

Näher läge es da wahrhaftig noch, das gerade Gegenteil aus der Stelle zu schliessen, dass nämlich dem Versuch als Object, dem Thatbestand als solchen Straflosigkeit zukommen solle, nicht etwa bloss den seine Voraussetzung erfüllenden Personen.

Die meisten Particulargesetzgebungen[350] hatten sich übrigens deutlicher ausgedrückt und wo man im Ausland[351] im Übrigen unsre Fassung gewählt hat, da hat man doch das „als solcher“ durch einen besonderen Satz klar wiedergegeben.

147. Die häufigsten Qualificationsmomente dürften Körperverletzung, Beleidigung, Bedrohung, Nötigung und unzüchtige Handlung bei den Verbrechen gegen die Person, — Sachbeschädigung, Hausfriedensbruch u. s. w. bei denen gegen das Eigentum sein. Ausserdem kommen für diese und alle anderen Klassen äusserst zahlreiche „Übertretungsthatbestände“ in Betracht.

Über den Rücktritt beim qualificierten Versuch haben schon die mittelalterlichen Juristen eingehend gehandelt und es seien namentlich die Ausführungen von Bonifacius und Farinacius hervorgehoben. Wir verweisen auf unsre Darstellung Teil I.[352]

Wo wirklich schon ein unerträglicher, wenn auch nur ideeller Schade vorliegt, wird sich auch heutzutage mit den oben bezeich-

---

[349] *Geyer*, Grundriss S. 134.

[350] Auch der Preuss. Entw. von 1846 und 1847 s. Goltdammer Mat. I. 250, ferner Braunschweig Art. 69 Z. 1 („insofern nicht“); Hamburg 1869 „Ist jedoch das Geschehene an sich schon mit Strafe bedroht, so kommt diese zur Anwendung etc. etc.“. Das „als solcher“ findet sich jedoch namentlich Bremen Entw. von 1869 § 69. Andere Staaten, z. B. Hessen 1849 Art. 69 hatten zwar gleichfalls diese Fassung, erklärten dieselbe aber in einem bes. Art. (l. c. Art. 70).

[351] Ungarn 1880 § 68 [umschreibt das „als solcher“ des § 46 D. Str.-G.-B.], Kroatischer Entwurf 1879 § 33 Abs. 2 [desgl.]

[352] I. Teil, §§ 21, 22.



neten Thatbeständen auskommen lassen. Freilich, da verkehrterweise das moderne Recht den Römischen Begriff der ‚iniuria'[353] verlassen hat, ohne einen hinreichenden Ersatz zu bieten, kann hie und da etwas straflos bleiben, was delictsconstituierend, also strafbar sein sollte.

Aber nicht auf Kosten der Straflosigkeit des Rücktritts, sondern durch Schaffung neuer Thatbestände ist dieser Missstand zu beseitigen! —

Ein näheres Eingehen auf die Casuistik in Bezug auf die Qualificationsthatbestände verbietet sich durch die notwendige Selbstbeschränkung.

Jedoch ist wegen seiner Bedeutung der Fall des § 229 gegenüber dem des § 211 hevorzuheben. Es ist nämlich selbstverständlich, dass der erstere Thatbestand zum Versuche des letzteren im Verhältnis einer Qualification stehen kann. Auf die von *Binding* und *Olshausen* angeführte Incompatibilität des Vorsatzes[354] kann in der That nicht eingegangen werden. Der Abs. 4 des § 197 Pr. Str.-G.-B., auf Grund dessen eine Concurrenz von Vergiftung und Mord i. S. d. G. ausgeschlossen sein sollte, ist mit Recht nicht in den entsprechenden § 229 D. Str.-G.-B. aufgenommen worden. — Dagegen bedürfte es doch noch einer näheren Untersuchung, die wir hier nicht geben können, ob nicht nach dem Willen des Gesetzgebers und nach der Entstehungsgeschichte der § 229 mit Rücksicht auf die ‚possibilità del danno' zu interpretieren ist. Dann würde u. E. ein Rücktritt vom Giftmordversuch zugleich ein Rücktritt vom Vergiftungsversuch (Vergiftung ‚cum effectu' verstanden) sein, und dann volle Straflosigkeit eintreten.

148. c. Die dritte Frage: „Wie lange ein Rücktritt möglich sei?" ist nach dem D. Str.-G.-B. weniger streitig, wie dies nach dem Preussischen der Fall war. Vorauszubemerken ist, dass der Terminus „Rücktritt" nach unserer Auslegung desselben in der Einl.[355] sowohl anwendbar ist auf den Fall, wenn jemand bloss die Fortsetzung des Versuches unterlässt, als auf den, wo er eine conträre Thätigkeit entfaltet. — Nach dem Preuss. Str.-G.-B.

---

[353] Die Römische ‚iniuria' ist ein Begriff, mit dem namentlich *Farinacius* in unserm Falle auf das Glücklichste manövriert!

[354] *Olshausen* ad § 229 Nr. 9 S. 840—841; Litt. das.!

[355] §. 2 (Terminologie).



war nun streitig, ob ein Rücktritt — oder wie man es sonst nennen will, — nach beendeter positiver Thätigkeit Straflosigkeit bewirke. Freilich war die Frage eigentlich ganz selbstverständlich ebenso wie nach dem Cp. zu bejahen.[356] Trotzdem wurde sie hie und da verneint.[357,357a]

Gegenwärtig nun schliesst die ausdrückliche Disposition des Gesetzes jeden Zweifel aus. § 46 Z. 2 fasst ausdrücklich den Fall der conträren Thätigkeit ins Auge.

Nur wollen viele hier absolut nicht den Terminus „Rücktritt"[358] anwenden, weil sie denselben ganz falsch verstehen. Unsere Auslegung desselben erledigt wohl diese Bedenken!

149. Jedoch ein Fall ist nach wie vor nicht ausdrücklich geregelt und deshalb sind auch heute noch dieselben Ansichten möglich wie früher. Ich meine den Fall des s. g. délit manqué.

Nach unserer allgemeinen Auffassung ist an sich selbstverständlich, dass in diesem Falle von einem Rücktritt nicht mehr die Rede sein kann, denn hier ist ja das Verbrechen in unserem Sinne ebenso vollendet, als wäre der Erfolg eingetreten. Aber nach Deutschem Reichsrecht mit seiner Überschätzung des Erfolges, mit dem factischen Erfolg als regelmässigen Culminationspunkt der Delicte? Hier könnte man allerdings auf den Gedanken kommen, dass, solange der factische Erfolg noch nicht eingetreten, der

---

356 Richtig: *Goltdammer* G.A. VIII (1860) 628. „Die Fassung des § 31 [Pr. Str.-G.-B.] ist ferner eine ganz allgemein alle Fälle des Versuches umfassende. Das Gesetz hat also entschieden auch die Möglichkeit gedacht, dass auch von dem beendeten [i. d. S.!] Versuche ein Rücktritt möglich sei." *Berner* G.S. XVII (1865) 105 f.; XIII. Juristentag. S. 128f.; 130: „... nach preussischem Recht ganz ebenso straflos .. wie nach französischem und ich kann in der kategorischen Behauptung des Gegenteils nur eine Behauptung erblicken, welche weder in der Geschichte der Gesetze noch in der begrifflichen Beschaffenheit der beiden Arten des Versuches eine Stütze zu finden vermag." — *Seeger*, G.-A. XVIII. — *Zachariae* G.-A. V. 592. — *von Tippelskirch* G.-A. XIX 482 f.

357 Natürlich *Schwarze* G.-A. (1854) bes. 440f. (unglaublich verworren!) — Auch Ob. Trib. vom 27. Mai 1860 XLIV 20ff. — *Meves* G.-S. XXIV. S. 162. — *Olshausen* ad § 46 N. 1 beiläufig.

357a Gleiche Controverse in **Österreich**. Für Straflosigkeit namentlich *Geyer* und *Hiller*; *v. Hye* und *Herbst* schweigen. — Vergl. XIII. Juristentag. Bd. II. S. 250.

358 *Berner* XIII. Juristentag S. 111. — *Oppenhoff* Nr. 2 ad § 46.

Thäter immer noch zurückkönne, wenn auch schon sein bisheriges Verhalten denselben herbeiführen sollte, ihn aber verfehlt hat.

Es kann ja z. B. dem Thäter selbst unwahrscheinlich sein, dass er etwa gleich mit dem ersten Schuss sein Opfer verletzen oder töten werde. Er trifft auf 6 Schüsse vielleicht durchschnittlich zweimal. Er hat einen Revolver mit einem Sechsermagazin, es ist geladen, und er rechnet, dass wenn er alle 6 Schüsse abfeuern werde, ihm sein Opfer nicht entgehen könne. Er schiesst und trifft nicht. Er steht freiwillig ab, obwohl er sein Opfer völlig in der Hand hatte. — Soll er strafbar sein?

Vom allgemeinen Standpunkt ist bestimmt mit Ja zu antworten. Es liegt eine volle in sich abgeschlossene Normverletzung und eine ‚possibilità del danno‘ vor.

Aber auch nach Deutschem Reichsrecht ist auf Grund seiner Wortfassung die Frage zu bejahen.

Ebenso wie durch den Eintritt des Erfolges (des Delictsübels) wird das menschliche Verhalten in den Augen des Gesetzgebers durch die nunmehrige Gewissheit des Nichterfolges begrenzt. In dem Momente schliesst für den Gesetzgeber die delictuose Bewegung der Aussenwelt ab, wo das Ziel erreicht oder verfehlt wird. Dadurch wird eine Einheit begründet, die durch nichts mehr in Frage gestellt werden kann. Möglich, dass eine neue Welle gleich der alten das Ziel zu erreichen strebt — aber sie hebt die Individualität der vorangegangenen nicht auf.

Auf einen entgegenstehenden Willen des Gesetzgebers kann man auch nicht etwa aus der Entstehungsgeschichte schliessen, da § 43 in Verb. mit § 46 nur den § 31 Pr. Str.-G.-B. hat erschöpfen, keinenfalls über diesen hinausgehen wollen. Nach jenem § 31 konnte aber keine Straflosigkeit angenommen werden, da der Versuch ja durch äussere etc. Umstände ohne Erfolg geblieben war. Dass der erste Schuss nicht traf, war durchaus wider des Thäters Willen — ein Zufall.[359]

---

[359] Namentlich hat *Zachariae* Straflosigkeit auch beim délit manqué angenommen; Lehre v. Versuche § 263 u. 264; modificiert G.-A. V. 592: [bei bloser Nichtwiederholung sei der Thäter strafbar] „es müsste denn das Object der That sich völlig in seiner Gewalt befunden, derselbe aber von der in seiner Macht stehenden Erneuerung oder Wiederholung der Handlung vermöge einer thatsächlich bekundeten Willensänderung abgestanden sein“.



Freilich ist zuzugeben, dass die Strafbarkeit eines derartigen délit manqué gerade nach unserm Str. G.-B. etwas Eigenes hat.

Auch das R.-G.[360] hat das betont. Es weist auf den Missstand hin, „dass der Thäter, dessen in mörderischer Absicht abge-„feuerte Kugel an dem Gegner vorübergeflogen ist, unter allen „Umständen wegen Mordversuchs bestraft werden muss, während „er nur für Körperverletzung haftet, im Falle er den Gegner in „dieser Absicht sogar getroffen, dann aber den Eintritt des drohen-„den Todes durch eigene Thätigkeit abgewendet hatte.“

Dieser Missstand ist aber eine Folge von der verkehrten Stellung, die unser Str.-G.-B. dem Erfolg gegenüber einnimmt. Es lässt stets den factischen Erfolg entscheiden, während doch vernünftigerweise schon die Möglichkeit des Erfolges (possibilità del danno) oder vielmehr das „Aus-der-Hand-geben“ des Erfolgs entscheiden sollte. Dann lösen sich diese Fälle ja unglaublich einfach. Konnte — nach der Lebensauffassung, die für die Beurteilung solcher Verhältnisse im Strafrecht stets und allein massgebend ist — konnte sage ich, schon der Tod mit dem fraglichen Acte eintreten, gab der Thäter mit demselben den Eintritt aus der Hand, dann muss er immer gestraft werden. Schiesst er z. B. auf einen Menschen, so ist das Verbrechen des Mordes vollendet. Wendet er dagegen ein Gift an, dann hat er es im allgemeinen immer noch in der Hand, den Erfolg abzuwenden, denn dieser kann nicht sogleich eintreten. Will er jemanden zu Tode misshandeln, so fragt es sich: Konnte schon durch die bisherige „Thätigkeit“ der Erfolg herbeigeführt werden? Das wird häufig nicht der Fall sein!

Durch eine derartige Behandlung des Erfolges würden alle Zweifel, Missstände u. s. w. sich lösen. Man erkläre als vollendetes Verbrechen den Fall, wenn die Norm verletzt, der Eintritt des Delictsübels möglich ist. Man kann dann — so falsch es m. A. nach ist — immer noch im Fall des factischen Erfolgseintritts eine höhere Strafe drohen.

Gegenwärtig ist zu sagen, dass der Rücktritt von jedem Versuch möglich ist, mit Ausnahme desjenigen, bei dem der Nichteintritt des Erfolges sicher ist, — des délit manqué.

---

[360] R.-G. I. Urteil v. 27. Febr. 1888 g. G. u. Gen. (E. S. 158—160, S. 160 eod.)



150. Gehen wir nunmehr ein auf die Voraussetzungen des straflos machenden Rücktritts!

Wir haben bereits an der Spitze dieses IV. Teiles das allgemeine Erforderniss desselben dahin u. E. treffend formuliert, dass der Thäter selbst den Eintritt des vorher angestrebten Erfolges willentlich verhindert, er selbst ihn ausgeschlossen haben muss.

Diese allgemeine Voraussetzung ist in den verschiedenen Fällen verschieden ausgedrückt und teilweise specialisiert worden; ausserdem ist die Straflosigkeit im Falle des § 46 Abs. 2 und 310 noch von einem weiteren Erfordernis abhängig gemacht. Wir werden bei Besprechung der pp. Paragraphen näher auf diese unsre Auffassung einzugehen haben.

151. Wenden wir uns zur Interpretation der Erfordernisse, die der für uns typische § 46 aufstellt.

Die Doppelgestaltung desselben war bedingt dadurch, dass um die aus der Definition des Code pénal art. 2 = Preuss. Str.-G.-B. § 31 sich ergebende straflose Materie sprachlich zu fassen, zwei Fälle in Betracht zu ziehen waren. Einmal nämlich der, wo die Erreichung des Erfolges noch fernere positive Thätigkeit voraussetzt. Hier ist es offenbar, dass der Thäter durch blosses „Aufgeben" den Eintritt des Delictsschadens ausschliesst.

Der zweite Fall liegt dann vor,[361] wenn der Erfolg zu einem etwaigen Eintritt keine weitere Thätigkeit von Seiten des Thäters verlangt. Wenn dieser nur den Verlauf der Dinge nicht stört, dann wirken die von ihm entbunden Kräfte selbst weiter — zum Ziele. Jedoch auch hier gebietet der Thäter selbst noch über den Eintritt des Erfolges, so lange sich das Wirken der von ihm ausgehenden Bewegung im Bereiche seiner Herrschaft befindet, solange ihm jene noch erreichbar, wenn erreichbar, noch überwindbar ist. — Hier also ist ein ‚actus contrarius' im Sinne von positiver Thätigkeit geboten.

„Der Thäter selbst muss den Erfolg ausgeschlossen haben", sagten wir. Das soll nicht heissen, der Thäter als physisches, sondern der Thäter als Willens-Subject. — Der Gegensatz liegt in dem Falle, wenn der Zufall den Eintritt des Erfolges aus-

[361] *Olshausen* ad § 46 Z. 1 S. 167 hält diese Nr. „auch ihrem Inhalte nach gegen den Entwurf I" für „neu aufgenommen" — s. o. Anmerkung 357!

schliesst. Zufall aber, im Sinne des Str.-Rs., ist jede Veränderung der Aussenwelt, die sich nicht zurückführen lässt auf den menschlichen Willen.

152. Nach diesen allgemeinen Bemerkungen dürfen wir uns zur speciellen Interpretation wenden.

Bei dieser lassen wir ein Moment ausser Spiel, die Auslegung der Worte, „wenn ‚der Thäter'".

Von vornherein ist ja klar, dass wenn der Thäter selbst, im technischen Sinne, also der physische Urheber, diese Bedingungen erfüllt, der Thäter selbst jedenfalls straflos bleibt. Das ist selbstverständlich und bedarf keines Wortes. Aber ob der Thäter hier wirklich im technischen Sinne zu nehmen sei, und inwieweit die Straflosigkeit auf die Teilnehmer wirke, diese Frage beantworten wir erst im folgenden Capitel. (Cap. III. Die Straflosigkeit der Teilnehmer.) —

§ 46 Z. 1 verlangt, dass „(der Thäter) die Ausführung der beabsichtigten Handlung aufgegeben hat, ohne dass er an dieser Ausführung durch Umstände gehindert worden ist, welche von seinem Willen unabhängig waren".

153. 1. „Aufgeben".

Muss der Thäter die Ausführung definitiv aufgegeben haben oder genügt ein Aufgeben für jetzt? [362]

---

[362] Die Frage ist jetzt nach dem Wortlaut des Str.-G.-Bs. kaum noch eine bestrittene. Eigenartig bemerkt *Binding* Grundriss S. 120 „. . erforderlich a) nicht das lediglicho Abstehen von der Weiterführung der begonnenen Handlung, sondern Abstehen unter definitivem Aufgeben des verbrecherischen Entschlusses, ein Requisit, welches das Gesetz zu erwähnen versäumt [!!]". Trotzdem scheint Binding allen Ernstes de lege lata dieses Erfordernis anzunehmen!

Seeger, G.-A. XVIII S. 232 hatte dem Entwurf gegenüber die Einschiebung eines „gänzlich" verlangt. — J. Ü. s. *Olshausen* Nr. 12 ad § 46. S. 170 und die daselbst Cit. [wes. richtig]. Treffend *Janka* S. 143 und *Baumgarten* S. 462. — *Meyer* formuliert jetzt S. 267: „Ob endlich ein Aufschieben genügt, richtet sich danach, ob das schon Vollendete später weitergeführt oder die That völlig von neuem begangen werden soll".

Früher dafür *Geib* II 310 („sei es für immer oder wenigstens für jetzt"). *Zachariae* G.-A. V. 591: Blosses Verschieben sei nach allgemeinen Principien zwar strafbar, nach § 31 Preuss. Str.-G.-B. straflos. **Rossi** L. II Ch. XXXII „ajournement du projet criminal à un moment plus favorable" sei straflos.

Die Frage ist in letzterem Sinne zu entscheiden. Denn: jeder — sei es freiwillig, sei es unfreiwillig — abgebrochene Versuch ist factisch wie rechtlich eine selbständige Handlung. Für diese aber ist es ev. wahr, dass sie „aufgegeben" worden ist, auch wenn der Thäter auf die spätere Ausführung seiner Pläne nicht verzichtet hat. Abgebrochen aber ist der Versuch erst dann, wenn es sicher ist, dass derselbe jetzt nicht weiter geführt wird. Dies bedeutet, wenn nicht eine weitere Thätigkeit erfolgt, die mit der ersteren eine „Unitas actus" bildet. Die letztere würde vorliegen, wenn ‚intra modicum tempus' die Thätigkeit fortgesetzt wird. Wir rechnen mit dem Lebens-Begriffe der ‚unitas actus' auch sonst im Recht und müssen dies daher auch im eminenten Sinne gerade im Strafrecht zu thun berechtigt sein, wo die Lebensverhältnisse denselben mit Notwendigkeit inducieren.

Ein blosses momentanes Aussetzen alteriert die ‚unitas actus' gar nicht — ein (freiwilliges) Aufgeben dagegen mit dem Bewusstsein, dass damit für diesmal auf die Erreichung des Zieles verzichtet sei, bewirkt stets Straflosigkeit.

2. „Die Ausführung der beabsichtigten Handlung"[363] muss aufgegeben worden sein, also der Abschluss derjenigen Thätigkeit, von deren Beendigung der Thäter den Eintritt des Erfolges erwartete. Ein „Anfang der Ausführung" liegt schon vor, die weitere Ausführung wird aber fallen gelassen,

3. ohne dass er „an dieser Ausführung" gehindert worden ist.

Der Ausdruck „an dieser Ausführung" ist nicht elegant, aber durchaus verständlich. Der Thäter darf nicht gehindert worden sein, die Ausführung der Handlung in dieser Weise, so, wie er sie nämlich gegenwärtig beabsichtigte, zu beenden.

154. 4. ohne dass er . . . durch Umstände gehindert

Dagegen *Mittermaier* N. A. S. 202. *Zachariae* Versuch II 253 und manche Part.-Ge. Bayern 1813 Art. 58, Hannover Art. 34. Hessen-Darmstadt Art. 69.

Zu eingehender Kritik ist kein Raum; unsere Ansicht ergiebt der Text.

[363] Vgl. *Olshausen* ad § 46 Nr. 9 S. 169.



worden ist, welche von seinem Willen unabhängig waren" . . . .[364]

„Umstände, welche von seinem Willen unabhängig waren?" Die „Umstände" sind aber doch wohl alle vom Willen des Thäters unabhängig! Oder was soll Umstände heissen?

Der Gesetzgeber hat sich jedenfalls auch „Umstände" ge-

---

[364] Die „Umstände, welche von seinem Willen unabhängig waren", haben schon als ‚circonstances fortuites indépendantes de la volonté de l'auteur' unglaublich viel zu schaffen gemacht. —

Folgendes sei in Bezug auf den gegenwärtigen Stand der Controverse in Deutschland hervorgehoben: Die communis opinio glaubt, dass die angenommene Hinderung der thatsächlichen gleichstehe: *v. Liszt* S. 203; *Hälschner* S. 361 („verhindert wurde oder sich verhindert glaubte"; Motiv sei gleichgültig"); *Baumgarten* S. 459—462; *Binding* S. 120. *Rüdorff-Stenglein* Nr. 5 ad § 46; *Herbst* S. 131; *Häberlin* G. S. 1872, *v. Buri* 1876 S. 186 (dagegen *Hälschner* S. 361[2]). So schon früher *Geib* II 310 f.; *Zachariae* G.-A. V. 591; Versuch II 252 ff.

Auf die Motive kommt es nicht an. Unhaltbar *v. Buri* 1877: keine Freiwilligkeit liege vor, „wenn der Thäter sich überzeugt hält, es werde die bevorstehende Vollendung mehr von Nachteil als von Vorteil für ihn sein". Ein vernünftiger Thäter wird allerdings nur in diesem Falle abstehen (wenn man wenigstens Vorteil und Nachteil i. w. S. nimmt)! Also giebt es freiwilligen Rücktritt nach *v. Buri* nur bei Narren! vgl. *v. Buri* G.-A. XXV 294 ff. Dass die Motive nicht moralischer Natur zu sein brauchen, ist bei uns gegenwärtig vollkommen anerkannt. Für Italien vgl. die treffliche Entwicklung *Pessina's* Diritto penale I 256.

Unhaltbar ist die Unterscheidung, die *Olshausen* bez. des Irrtums offenbar zu Grund legt, s. ad § 46 Nr. 11 a S. 170 im Vergleich zu Nr. 14 b. S. 171.

Die ‚communis opinio' tappt deshalb vollkommen im Finsteren herum, weil sie nicht sieht, dass die Umstände als Hinderungsgrund vom Willen des Thäters unabhängig sein sollen, ihrer Existenz nach sind dies Umstände' ja immer!

Vgl. über das Philosophem der „Abhängigkeit von der Willkür des Menschen" *Herbst* S. 124.

Viele Distinctionen macht in unserer Frage *Herbst* S. 122 (sechs verschiedene Hauptklassen Hindernisse!) Wir glauben, dass sich mit unserer Unterscheidung vollkommen auskommen lässt. Es fragt sich stets nur — ‚liegt für die normale Willenskraft des Menschen ein Hindernis vor — oder nicht". Der Jurist hat nicht Zeit, lange darüber zu philosophieren. Er wendet sich an die Auffassung und Erfahrung des Lebens! Der Gesetzgeber geht von dieser aus, — er will ja nur die Lebensverhältnisse ordnen —, der Interpret des legislatorischen Willens, der Jurist, hat ein Gleiches zu thun!

dacht, „welche von seinem Willen abhängig waren“. In welcher Beziehung abhängig? Etwa ihrer Existenz nach? Nun und nimmermehr! Vielmehr in ihrer Eigenschaft als Abhaltungsgründe!

Auf der einen Seite haben wir demnach: Umstände, welche als Hinderungsgrund vom Willen des Thäters unabhängig waren, die also ohne bez. trotz des Willens des Thäters wirkten, auf der andern Seite: Umstände, denen die Eigenschaft eines Hinderungsgrundes nur Kraft seines eigenen Willens zukam.

Diese Unterscheidung ist nicht als hochphilosophische Distinctio, sondern einfach im Sinne des Lebens zu nehmen. Nur wer das D. Str.-G.-B. von diesem Standpunkt aus interpretiert, wird zu haltbaren Resultaten kommen. Logische und dogmatische Akribie ist dem Deutschen Strafgesetzgeber etwas ganz Fremdes.

Zunächst ist festzustellen, dass die Fassung eine rein objective ist. Die Formel will gerade ein ‚argumentum ex re‘ für ein subjectives Element im Anschluss an das frühere Recht bieten. Wir dürfen daher diese Absicht nicht dadurch vereiteln, dass wir die irrige Annahme des objectiven Thatbestandes mit diesem selbst gleichsetzen.

Es ist also nicht der Reflex der Aussenwelt auf die Innenwelt des Thäters, der in Betracht kommt, sondern die objective Aussenwelt selbst.

Auch schon die Wahl des Ausdrucks „Umstand“ schliesst es aus, dass die eigene irrige Annahme des Thäters relevant sein könne.

Umstand prädiciert immer einen Gegensatz zwischen einem Object und anderen Objecten, die das erstere umgeben. Das was zum umstandenen Object selbst gehört, ist nicht selber wieder „Umstand“!

Die Entstehungsgeschichte könnte bei oberflächlicher Betrachtung allenfalls auf den Gedanken bringen, der Gesetzgeber habe doch auch den Irrtum, dass ein Hinderungsumstand vorliege, selbst wieder für einen Hinderungsumstand angesehen.

Das Preuss. Recht spricht bekanntlich von „äusseren, von dem Willen des Thäters unabhängigen Umständen.“

Aber auch das Franz. R. spricht nicht von „äusseren“ Umständen, sondern von ‚circonstances fortuites, indépendantes de la volonté de l'auteur‘ und doch zweifelt in Frankreich kein Mensch

mehr, dass die Umstände „äussere“ sein müssten. ‚Circonstances‘ sind dasselbe wie unsere „Umstände“ und die Auslegung der franz. Jurisprudenz bietet daher gleichfalls ein Argument für die Richtigkeit unserer Ansicht.

Aber von Frankreich abgesehen: angenommen der Deutsche Gesetzgeber hätte — was ich sehr dahin gestellt sein lasse — wirklich bewusst das „äussere“ weggelassen, liegt es da nicht noch näher zu glauben, er habe diesen Zusatz eben wegen Selbstverständlichkeit für vollständig überflüssig gehalten?

Also von vornherein ist soviel festzustellen, dass alle Fälle, wo (äussere) Umstände der fraglichen Art nicht vorliegen, straflos bleiben.

Die Umstände, die einen wirklichen Hinderungsgrund enthalten, sind entweder dem Handelnden bewusst oder nicht. Nur die ersteren kommen in Betracht. Denn wenn er in letzterem Falle aufgiebt, so ist er doch nicht durch jene Umstände gehindert zum Aufgeben veranlasst worden.

Sind sie ihm bewusst, dann sind sie entweder von der Art, dass sie ein absolutes, oder nur ein relatives Hindernis bieten.

Die Straflosigkeit im ersteren Fall ist selbstverständlich ausgeschlossen.

Im letzteren ist zu distinguieren: entweder nämlich hätte sich nach der Lebensauffassung jeder Durchschnittsmensch abhalten lassen, obwohl ja an und für sich die Überwindung des Hindernisses für einen zu jedem Preise Bereiten möglich gewesen wäre. Doch die Besiegung hätte jedenfalls eine nicht normale Energie, eine unverhältnismässige Kraftaufwendung erfordert, vielleicht wäre sie auch mit den grössten Gefahren verbunden gewesen!

Hier ist der Thäter strafbar. Denn nach der Lebensauffassung ist er wirklich „gehindert“ worden: Unsere Präsumption, dass die normale Delictsenergie vorgelegen habe, ist begründet.

Oder — der Thäter hat sich abhalten lassen, ein Durchschnittsmensch hätte sich dagegen nicht werfen lassen.

Ist der Thäter straflos? Sicher! —

Daher muss namentlich die Ursache eines ‚metus‘ des Thäters eine derartige sein, die auch bei einem ‚constantissimus vir‘ oder wenigstens einem ‚non vanus homo‘ wirksam sein würde.

Andernfalls vermögen wir aus dem vorliegenden factischen Thatbestand nicht den Schluss zu ziehen, dass hier die normale Delictsenergie vorgelegen habe, es ist also § 46 Z. 1 gegeben.

Ebenso ist zu entscheiden, wo durch zufällige Umstände das religiöse ober moralische Bewusstsein des Thäters geweckt wird.

Das verfolgte Opfer flüchtet sich zu einem Heiligenbild, in dessen Anblick der Thäter nicht sein Verbrechen ausführen mag. — Oder im Augenblick, wo er bereits sein Opfer überwältigt — es in seine volle Gewalt gebracht hat, ertönen Kirchenglocken (Rubo). — Wie der Raubmörder den Dolch gegen den überfallenen Reisenden zückt, rührt ihn dessen wunderbare Ähnlichkeit mit einem geliebten Blutsverwandten (vergl. Herbst: Lessing Nathan V Schl.; IV. 5. Auftr. und Schl.; I 2 A. — Saladin und der Tempelherr!)

In allen diesen Fällen wirkte der Reflex äusserer Umstände auf die Psyche nur als Motiv, von dessen zwingender Kraft überhaupt nicht, am wenigsten bei einem Menschen, der sich gegen die Gesetze vergehen will, die Rede sein kann. Nicht die Umstände hinderten ihn, sondern er hinderte sich selbst, indem er einer Stimme gehorchte, der kein Verbrecher gehorcht.

Schliesslich möchte ich noch meine Ansicht äussern über sehr häufige Fälle, die man m. E. in der Regel vollkommen falsch auffasst.

Der Thäter hört ein Geräusch — er versteckt sich oder läuft davon. Wie dann?

Ich antworte, in solchen Fällen liegt ein Abbrechen des Versuchs gar nicht vor. In dem Sichverstecken, ja selbst dem augenblicklichen Davonlaufen liegt noch keineswegs ein Aufgeben. Jenes hat keine andere Bedeutung als die factische, dass für den Augenblick ausgesetzt wird. Der Thäter will hier im Zweifel bloss sich für den Augenblick decken. Nun kommt er möglicherweise zur Überzeugung, dass er unbedenklich seine Thätigkeit wieder aufnehmen kann oder nicht. Es kann aber auch sein, dass er während des Davonlaufens oder im Verstecke sistiert wird. Dann wird der Versuch eben erst durch die Sistierung abgebrochen und der Thäter ist selbstverständlich strafbar.

Etwas neues bieten diese Fälle also keineswegs.

Ihre Interpretation ist aber praktisch ausserordentlich wichtig.

Allerdings wird in concreto die thatsächliche Frage bisweilen schwierig sein, ob im Momente der Festnahme der Versuch schon abgebrochen **war**, oder eben erst abgebrochen **wurde**. Die praktischen Consequenzen der einen oder anderen thatsächlichen Feststellung leuchten nach dem Ausgeführten ein.

155. § 46 Z. 2 fordert, dass der Thäter zu einer Zeit, zu welcher die Handlung noch nicht entdeckt war, den Eintritt des zur Vollendung des Verbrechens oder Vergehens gehörigen Erfolges durch eigene Thätigkeit abgewendet hat.

Auch hier — trotz dieser Verklausulierung — wird nichts gefordert als freiwilliges Aufgeben vor Schadenseintritt.

Das Gesetz hat freilich bei der gewählten Fassung sogar die Hauptsache vergessen, nämlich das Moment der Freiwilligkeit. Ganz richtig hat dies *Meves* betont und *Rubo* interpretiert sogar dem entsprechend.[365]

Trotzdem ist es offensichtlich, dass der Gesetzgeber das „Abwenden durch eigene Thätigkeit“ als bewusst willentliches gedacht hat, und gerade durch die fraglichen Worte dem Momente der Freiwilligkeit hat Ausdruck verleihen wollen.

Diese gesetzgeberische Intention giebt uns den Schlüssel zum Verständnis des gewählten Ausdrucks.

156. Dass der Thäter den Eintritt des . . . Erfolges durch eigene Thätigkeit[366] abgewendet hat, soll weiter nichts heissen,

---

[365] *Meves* G.-S. 1872 XXIV S. 170 f. *Rubo* N. 10.

[366] *Meves* G. S. 1872 XXIV. S. 176 will bloss die Hilfe der Teilnehmer zulassen, S. 177. Die eigene Thätigkeit müsse die „alleinige Ursache“ sein u. s. w. *Otto* Nr. 11 schliesst jede Thätigkeit Dritter aus. — *Meyer*, S. 267 bemerkt, es sei nicht ausgeschlossen, dass der Thäter sich der Mitwirkung anderer Personen bedient hat. Treffend *Hälschner*, S. 362: es komme nur darauf an, dass der Thäter „durch seine eigene Thätigkeit es irgendwie verursachte, dass der Erfolg nicht eintrat, sei es dass er eine andere Person mit der entsprechenden Thätigkeit beauftragte oder sich der Mitwirkung anderer Personen bediente.“

Aber auch schon *Seeger* G.-A. XVIII, S. 233 hatte richtig hervorgehoben: „Das Wort „eigene“ ist entbehrlich, da es offenbar nicht etwa ein Handeln durch Beauftragte ausschliessen, sondern nur den schon genügend ausgedrückten Gegensatz gegen zufälligen Nichteintritt des Erfolges hervorheben soll.“

als dass er selbst die Ursache der Abwendung geworden ist, dass seine Thätigkeit im Causalzusammenhang mit dem Nichteintritt steht oder vielmehr mit einem Zustand, in dem der Nichteintritt sicher ist. Seine Thätigkeit hinweggedacht, würde dieser Zustand nicht oder nicht so eingetreten sein.

Fremde Thätigkeit, die durch seine Thätigkeit herbeigezogen worden ist, schliesst also die Straflosigkeit in keiner Weise aus. Es kommt immer nur darauf an, ob seine Thätigkeit wirkliches Causalglied bei der Erfolgsabwendung war.

Durch „Thätigkeit" wird zugleich hervorgehoben, dass in diesem Falle wenigstens zunächst an positives Thun[367] gedacht ist, im Gegensatz zum blossen Unterlassen im Fall von § 46 Z. 1.

157. Dass nun gerade die Abwendung des Erfolges stattfinden soll „zu einer Zeit, zu welcher die Handlung noch nicht entdeckt war", — so hat man dafür schon öfters vergeblich nach einer rechtfertigenden Erklärung gesucht.[367a]

Man könnte denken, dass dann doch schon ein delictsconstituierendes ‚damnum intellectuale', nämlich die ‚alarme jetée dans la société' vorläge. Jedoch würde dies doch ebenso bei § 46 Z. 1 der Fall sein, wo Nichtentdeckung nicht erforderlich ist. Ein gradueller Unterschied ist zwar zuzugeben: der ‚trouble' wird erheblich grösser sein, wenn schon eine Potenz vorliegt, die unabhängig von der Person, die sie gesetzt hat, den Erfolg herbeizuführen droht, als wenn der Eintritt desselben doch noch von weiterer, immerhin unsicherer menschlicher Thätigkeit abhängt.

Vgl. ausserdem *Berner*, S. 187 und im Anschluss an ihn *Baumgarten* S. 462—463; *Oppenhoff* N. 11, *Rubo* N. 9, *Olshausen* Nr. 18 ad § 46. Über das R.-G. s. oben Text Nr. 59.

[367] Doch meint *v. Buri* 1876 es muss „genügen, wenn sich die Abwendung mit dem Willen des Handelnden vollzieht, der schon dann vorliegt, wenn er die ihm mögliche Beseitigung des abwendenden Ereignisses absichtlich unterlässt". — Vom allg. Standpunkt unbedingt richtig, und wohl auch ‚de lege lata' unbedenklich! Der Gesetzgeber hat in § 46 Z. 2 zunächst an den Normalfall gedacht. Jener aber steht diesem in der Beurteilung völlig gleich und es liegt daher im Willen des Gesetzgebers, ihn gleichfalls straflos zu lassen. Diese Interpretation ist möglich, da sie nicht das Verbot der Extension des Strafbaren gegenüber dem Wortlaut verletzt. S. Anm. 342.

[367a] Nichts als hohle Phrase ist, was *Lamm* XIII. Juristentag hierüber sagte.

Die Bemerkungen von *Berner* [368] gegen diese Anschauung sind zwar ohne Grund spöttisch-absprechender Natur; bei alledem ist die Berechtigung der Annahme eines delicts-constituierenden ,trouble' aus den angeführten Gründen mehr als fraglich.

Mehr Wahrscheinlichkeit hat es, dass der Gesetzgeber bei dem Erfordernisse eine Praesumption im Auge gehabt habe, dass nämlich im Fall der Entdeckung keine Freiwilligkeit mehr vorliege. [369] Diese Praesumption ist zwar so verkehrt, wie nur möglich, da ja der Thäter von der Entdeckung nicht einmal etwas gewusst zu haben braucht; [370] trotzdem erscheint mir diese Erklärung nach Lage der Dinge (!) in Übereinstimmung mit der ,communis opinio' als die richtige.

Sehen wir uns mit der näheren Interpretation dieser unglücklichen Limitativclausel auseinanderzusetzen! In der That bietet dieselbe Schwierigkeiten, wenn man zu einigermassen haltbaren Resultaten [371] kommen und sich nicht mit praktisch völlig unbrauchbarer logischer und philologischer Wortinterpretation begnügen will.

158. Was zunächst den Ausdruck betrifft, so ist offenbar, dass „Handlung" hier nicht in dem Sinne gebraucht sein kann, wie regelmässig im D. Str.-G.-B. Sonst bedeutet es eine Thätigkeit mit Einschluss des delictsconstituierenden Erfolges, hier mit Ausschluss desselben.

Wird nun ausgesagt, dass die Handlung entdeckt ist, so heisst das hier: es muss die delictuose Bewegung der Aussenwelt durch sinnliche Perception ihrer Spuren erschlossen worden sein.

Soll aber das etwa schon dem Gesetze Genüge thun, dass irgend jemand von der Handlung Kenntnis erhalten hat? — Gewiss nicht!

---

[368] *Berner* XIII. Juristentag S. 142 (redet von einem „winzigen [!!] Einwand") Auch *v. Buri* 1877 S. 296 sieht das durch die Entdeckung gegebene Ärgernis für irrelevant an.

Anders *Lamm* XIII. Juristentag S. 160.

[369] *Berner*, XIII. Juristentag S. 141.

[370] *Geyer*, Grundriss S. 134 bemerkt mit Recht, es müsste nach der ratio legis heissen, bevor „sich der Thäter entdeckt glaubt." Vergl. *v. Buri* 1885 S. 140.

[371] Vergl. § 59 R.-G.



Vielmehr ist offenbar zu erfordern, dass der pp. in der Lage ist und auch den Willen hat, von dieser Kenntnis Gebrauch zu machen. Nicht die bloss receptive, sondern erst die handelnde, thätige Entdeckung, die als eine dem Verbrechen entgegentretende Kraft aufgefasst werden kann, vermag in Betracht zu kommen.

Die „Entdeckung" muss die Kenntnis des bisher Verborgenen nicht nur der Person des Entdeckenden, sondern auch der Aussenwelt vermitteln, oder wenigstens die Erwartung begründen, dass die erstere der letzteren die Kenntnis vermitteln werde, dass diese in jener eine Entdeckung gemacht habe.

Dies giebt uns die Entscheidungsnorm für manche interessante Controverse.

Wie ist es, wenn ein Teilnehmer die Handlung „entdeckt?" [372] Das kann natürlich sehr wohl vorkommen, denn z. B. Anstifter und Gehilfen stehen der wirklichen Ausführung häufig ohne Kenntnis gegenüber. — Ist eine derartige Entdeckung „Entdeckung" i. S. des Gesetzes? Nun und nimmermehr! Die Kenntnis des Teilnehmers hat, wenigstens regelmässig, keine objective Bedeutung, vor ihm soll, regelmässig, nicht einmal die Ausführung verborgen werden, seine Kenntnisnahme ist für die bürgerliche Gesellschaft gemeinhin keine Entdeckung, sondern etwas völlig Irrelevantes. Aber auch sonstige Complicen des Thäters, Familienglieder[373] und Verwandte werden im Zweifel hierher zu rechnen sein. Die bürgerliche Gesellschaft kann regelmässig nicht behaupten wollen, dass sie durch jene eine „Entdeckung" gemacht habe, — jene sind nicht ihre Repräsentanten, sie werden von ihrer Entdeckung keinen Gebrauch im Kampfe gegen das Verbrechen

---

[372] Dass die Teilnehmer gemeinhin nicht „entdecken", kann als comm. op. bezeichnet werden. *Olshausen* Nr. 21 ad § 46, S. 173.

[373] „Einverstandene nächste Angehörige" „entdecken" auch nach dem R.-G. 3. Mai 1880 nicht. Dagegen nimmt das R.-G. 8. Dez. 1880 bei der Wahrnehmung der unbeteiligten Ehefrau ohne nähere Feststellung „Entdeckung" an. Das widerspricht den in dem erstgenannten Urteil aufgestellten Principien. *Olshausen* Nr. 21 und 23 einfach wie R.-G. Am nächsten kommt der Sache wohl *Berner:* Eine Entdeckung liege noch nicht vor, „so lange die Handlung nur zur Kunde von Genossen des Verbrechers gelangt ist."

Auf die Frage, ob in der Wahrnehmung des Verletzten selbst stets eine Entdeckung liege, s. den Text Nr. 159 und Anm. 380.



zu Gunsten der ,salus publica' machen — die Entdeckung wird somit kein Kraftmoment gegenüber dem Verbrechen sein.

Aber auch dann, wenn der Entdeckende zwar seinem Wollen nach von seiner Kenntnis Gebrauch machen würde, aber nach seinem Können dies nicht vermag, gar nicht in der Lage dazu ist, auch dann, sage ich, liegt keine Entdeckung im Sinne des Gesetzes vor.

An Händen und Füssen gebunden liegt der Eigentümer des Hofes da, während vor seinen Augen ein Holzstoss angezündet wird, und so dem ganzen Besitztum, vielleicht ihm selbst, baldige Vernichtung droht. Da — der Thäter löscht den Holzstoss wieder. War die Handlung (nämlich der Versuch der Brandstiftung mit abgeschlossener positiver Thätigkeit) entdeckt? Sicher nicht!

Nur die Entdeckung, als eine den **Erfolg der Handlung** und die **Sicherheit des Verbrechers bedrohende** kann in Betracht kommen!

Man wird vielleicht diese Interpretation etwas „frei" finden. Jedoch ein Blick auf den Sprachgebrauch des gewöhnlichen Lebens zeigt, dass man wirklich so und nicht anders die fraglichen Worte zu verstehen hat.

„Entdeckt" werden kann nur, was verborgen ist, bez. verborgen bleiben soll. Aber auch hier haben wir uns beim ,usus cotidianus' Rat zu erholen.

Wenn sich ein Verbrechen direct offen gegen eine Person richtet, ist dann überhaupt eine Entdeckung möglich? Sicher! Eine Entdeckung ist möglich von Seiten der Personen, die der Handlung fremd gegenüberstehen und in Kampf mit dem Verbrechen und dem Verbrecher treten, eine dem Erfolg und der Sicherheit des Verbrechers feindliche Bewegung der Aussenwelt hervorrufen können und vermutlich wollen.

Sollte die Handlung dem Verletzten verborgen bleiben, so kann auch dieser „entdecken". Es ist ihm Gift beigebracht worden. Er bemerkt es vielleicht sofort, ist im Begriff sich ein Gegengift zu verschaffen, der Thäter — von Reue ergriffen — hat inzwischen bereits ein solches herbeigebracht. Der Vergiftete nimmt es, und bleibt — ohne weitere Gesundheitsbeschädigung — am Leben. Ohne das Erfordernis der Entdeckung würde der Thäter wegen Mordversuchs straflos sein, denn immer hat er durch eigene Thätig-

keit den Erfolg abgewendet, aber die Handlung war schon entdeckt, der Eintritt des Erfolgs und die Sicherheit des Verbrechers bedroht.

Irrationell ist jedoch das Erfordernis im höchsten Grade; nehmen wir an, der Betroffene hätte kein Gegengift zur Hand gehabt, vielleicht auch nicht die Möglichkeit besessen, sich bis zum vermutlichen Eintritt des Erfolgs ein solches zu verschaffen — — der Thäter giebt es ihm, und — trotzdem cessiert die Strafe wegen Mordversuchs nicht.

Ferner ist es keine Entdeckung, wenn der Thäter selbst (vor Eintritt des Erfolgs! um diesen Fall handelt es sich ja nur) vom Verbrechen dritten Personen Mitteilung macht, wenn diese von ihrer Kenntnis keinen Gebrauch machen, z. B. Complicen, Familienglieder; ebensowenig wenn er dritte Personen zum Zwecke der Erfolgsabwendung aufruft.

A hat den B in ein Felsloch geknebelt und auf dieses einen schweren Felsblock herabgewälzt. Seine Absicht war, den B so eines langsamen qualvollen Todes sterben zu lassen. Es reut ihn. Herabwälzen konnte er den Felsblock allein, wieder wegwälzen kann er ihn nicht. Er teilt dem C alles mit und wälzt mit ihm den Stein weg und befreit den halb verschmachteten B. War die Handlung entdeckt?

Oder: C will dem A übel und benutzt seine Kenntnis zunächst dazu, gegen ihn Alarm zu erregen. Er erzählt die Sache dem ganzen Dorf, alles schreit Zeter und Mordjo gegen A — das ganze Dorf wandert hinaus, sie finden alles so, wie es C erzählte, wälzen den Stein ab, befreien den B, kaum entgeht A einem Volksurteil.

War die Handlung entdeckt?

Es scheint so; C nämlich hat sie „weiter" entdeckt, — aber A war es ja selbst, der dem C die Kenntnis verschaffte und zwar gerade zum Zwecke der Erfolgsabwendung. Dass sie C zunächst zum Zwecke der Alarmerregung verwendete, kann dem A nicht schaden.

Ich construiere das so:

Das Gesetz sagt (§ 46 Z. 2):

„Der Versuch als solcher bleibt straflos, wenn der Thäter

„2) zu einer Zeit, zu welcher die Handlung noch nicht ent-„deckt war, den Eintritt des zur Vollendung des Verbrechens oder

„Vergehens gehörigen Erfolges durch eigene Thätigkeit abge-„wendet hat.“

Indem nun A dem C die Sache mitteilte, hat er den Erfolg abgewendet, und das war zu einer Zeit, zu welcher die Handlung noch nicht entdeckt war.

Ich sehe also als den relevanten Zeitpunkt nicht den der Erfolgsabwendung als eines Erfolges an, sondern den der Erfolgsabwendung, als der jenen begründenden ursachlichen Thätigkeit.[374]

Das Gesetz kann vernünftigerweise nicht wollen, dass im Moment der Entdeckung schon das ‚fait accompli‘ des abgewendeten Erfolges vorliegt. Darin findet die hier gegebene Auslegung ihre Rechtfertigung.

Oder: mit dem Erfordernis „zu einer Zeit, zu welcher die Handlung noch nicht entdeckt war“, hat der Gesetzgeber eine Präsumption dahin abgegeben, dass zu einer späteren Zeit die Erfolgsabwendung von Seiten des Thäters nicht mehr als freiwillige in Betracht kommen könnte. Sollte aber gerade vermittels der „Entdeckung“ der Erfolg abgewendet werden, so muss in diesem Falle Straflosigkeit als dem Willen des Gesetzgebers entsprechend angenommen werden.

Uebrigens ist der § 46 Z. 2 eine Gesetzesbestimmung, deren unglückliche Fassung durchaus der Berichtigung bedarf. Namentlich ist die Entdeckungsclausel durchaus verwerflich.

Wir können uns daher nur *Berner*[375] anschliessen, und dem Gesetzgeber zurufen: „Fort mit den Worten ‚zu einer Zeit, zu welcher die Handlung noch nicht entdeckt war‘“.

159. Hervorheben möchte ich, dass das Deutsche Reichsgericht den § 46_2 bis auf eine erhebliche Abweichung ganz in unserem Sinne interpretiert hat. Folgendes sei aus den „Gründen“ des Urteils v. 3. Mai 1880 hervorgehoben[376]:

---

374 An solche Fälle hat offenbar schon *Seeger* gedacht, wenn er G.-A XVIII. ausführt S. 233: „Jedenfalls muss die Zeitbestimmung in Z. 2 . . . . auf die Thätigkeit, welche zur Abwendung des Erfolges vorgenommen wird, nicht auf den Augenblick, in welchem diese Abwendung vollbracht ist, bezogen werden, was namentlich bei einem Handeln durch Boten, Briefe Telegramme einen wesentlichen Unterschied ausmacht.“

375 *Berner*, XIII. Juristentag S. 144 (Schluss).

376 R.-G. I. Urteil v. 3. Mai 1880 g. M. E. I 375—378. das. S. 376.



„Die Worte „eigene Thätigkeit" bedeuten nur den „Gegensatz zu fremder Thätigkeit und zu Naturkräften. Dieser „Gegensatz liegt vor, wenn unabhängig von der eigenen „Thätigkeit der Erfolg durch eine fremde Thätigkeit oder „durch eine Naturkraft abgewendet worden ist. Er liegt aber „nicht vor, wenn der Thäter die durch eine fremde Thätigkeit oder „eine Naturkraft vollzogene Abwendung des Erfolgs durch seine „eigene Thätigkeit vermittelt hat. Denn er hat dann die „fremde Kraft in eine ihm zusagende Verbindung mit sich selbst „gebracht".

„Dass § 46 Z. 2 nicht eine ausschliesslich eigene „Thätigkeit als Bedingung der Straflosigkeit verlangt, ergiebt über„dies zweifellos die Erwägung, dass durch die pp. Worte nur das „Erfordernis der Freiwilligkeit der Abwendung des Erfolges be„stimmter präcisiert werden soll. Diese Freiwilligkeit aber wird „dadurch nicht beseitigt, dass zu der eigenen, auf Abwendung „des Erfolges gerichteten, Thätigkeit fremde mitwirkende Kräfte „hinzutreten, zumal wenn diese noch ganz besonders als mit„wirkende in Aussicht genommen waren. Endlich ist auch unter „den Worten „eigene Thätigkeit" natürlich die Wirksamkeit der „eigenen Thätigkeit zu verstehen und es hat sonach § 46 Z. 2 „sowohl als § 310 dann zur Anwendung zu kommen, wenn der „Thäter die Abwendung des Erfolges durch seine eigene Thätig„keit verursacht hat."

Ferner[377]:

„Die „Entdeckung" der That ist zunächst nicht gleich„bedeutend mit der blossen Wahrnehmung derselben durch eine „dritte Person. Es liegt vielmehr diesen Worten der Gedanke zu „Grunde, dass die Abwendung des Erfolges nicht mehr als eine „freiwillige betrachtet werden darf, wenn sich der Thäter bereits „bewusst geworden war, dass die Wahrnehmung der That die „Verhinderung des Eintritts des Erfolges oder seine „Strafverfolgung wegen derselben herbeiführen könne. „Ist dies nicht der Fall, der Wahrnehmende etwa der einver„standene nächste Angehörige des Thäters, so kann durch „dessen Wahrnehmung das Verdienst der Freiwilligkeit der Ab„wendung des Erfolges demselben nicht entzogen werden, wenn sie

[377] S. 377 eod.

„nunmehr erst stattfindet. Dieser Gedanke ist nun allerdings von „dem Str.-G.-B. nur in objectiver Gestaltung zum Ausdruck ge- „bracht worden, so dass ein Anspruch auf Straflosigkeit schon dann „nicht geltend gemacht werden kann [!], wenn auch ohne Kennt- „nis des Thäters die That bereits entdeckt war, als er den Erfolg „abwendete. Aber auch in diesem Sinne darf von einem Ent- „decktsein der That nur dann geredet werden, wenn die Wahr- „nehmung eines Dritten so beschaffen war, dass sie „eine Verhinderung der That oder eine Strafver- „folgung gegen den Thäter nach sich ziehen konnte."

Den letzteren Satz möchten wir dahin präcisieren, dass das blosse „können" nicht genügt, sondern wirklich nach Lage der Dinge die Erwartung berechtigt erscheint, dass der Dritte von seiner Wahrnehmung auch werde in diesem Sinne Gebrauch machen wollen.

Danach ist es zu berichtigen, wenn das R.-G.[378] ohne weiteres annimmt, dass (§ 310) in der Wahrnehmung der Flamme von seiten der (unbeteiligten) Ehefrau notwendig eine „Entdeckung" liege. Es ist vielmehr lediglich Thatfrage, ob diese Wahrnehmung zur Verhinderung der That oder zur Strafverfolgung des Thäters vermuthlich geführt haben würde.

Ferner:[379]

Es „muss zugegeben werden, dass die Kenntnis desjenigen, „gegen welchen die strafbare Handlung gerichtet war, dann nicht „als Entdeckung der That angesehen werden kann, wenn diese „Kenntnis zum Thatbestande des beendeten Versuches selbst ge- „hört. Denn die Entdeckung setzt eine vorher bereits begangene „Handlung voraus und von Entdeckung einer Handlung kann daher „nicht die Rede sein, wenn die Kenntnisnahme der letzteren von seiten „des Verletzten . . zu dem Thatbestande der Strafthat selbst ge- „hört. Solche strafbare Handlungen können im Sinne des „§ 46 überhaupt nicht entdeckt werden, weil sie gleich- „zeitig mit ihrem Existentwerden zur Kunde eines anderen, und „zwar des Verletzten gelangen. Es folgt aber daraus nur, dass „der gedachte § 46 Z. 2 auf solche strafbare Handlungen über- „haupt nicht Anwendung finden kann, weil darin offenbar straf-

---

378 R.-G. III. Urteil v. 8. Dez. 1880 E. III 93—95.

379 R.-G. II. Urteil v. 12. M. 1880 g. F. E. I 306.

„bare Handlungen, welche entdeckt werden können, vorausgesezt „werden."

Der Schluss trifft nicht zu. Wenn die Kenntnisnahme des Verletzten zum Thatbestand der Strafthat[380] gehört, so ist dieselbe, wie R.-G. richtig annimmt, keine Entdeckung. Aber dieser Thatbestand kann doch wahrhaftig entdeckt werden; z. B. es wird jemand zufällig und verborgen Zeuge von einem Raub- oder Erpressungsversuch. Er läuft in ein vielleicht in der Nähe befindliches Haus, schlägt dort Alarm, die Leute eilen herbei, inzwischen hat jedoch der Thäter aus freien Stücken sein Opfer fahren lassen. Zu spät für die Straflosigkeit! Die Handlung war entdeckt!

Wahrnehmung des Verletzten dagegen selbst kann nur dann in Betracht kommen, wenn die That vor ihm verborgen werden sollte, was bei den meisten nicht unmittelbar gegen die Person gerichteten Verbrechen und häufig auch bei den letzteren (Vergiftung!) der Fall sein wird.[381]

160. Wie schon oben bemerkt wurde, schliesst sich der § 204 nahe an § 46 Z. 1 an. Wir können die bisherigen Resultate bis zu einem gewissen Punkte einfach übertragen.

Dies gilt vor allem in Bezug auf das Erfordernis der Freiwilligkeit.

Zu construieren ist § 204 in folgender Weise:

Materiell ist die Herausforderung bez. Annahme derselben nichts als ein Thatbestand, aus dem wir schliessen, dass die pp. Partei, so viel an ihr lag, den Zweikampf begangen haben würde; diese Präsumption cessiert, wenn die Partei freiwillig zurückgetreten ist. Ein solcher Rücktritt ist aber nach allgemeinen Principien nur so lange möglich, als weder das Ziel erreicht ist — d. h. der Zweikampf begonnen hat — noch der Versuch einen solchen herbeizuführen fehlgeschlagen ist.

Ersteres ist der Fall, sowie der erste Schlag oder Schuss

---

[380] Wie R.-G. *Geyer* S. 134, *Oppenhoff* N. 15, *Rubo* N. 5, *Olshausen* Nr. 20 ad § 46, *Baumgarten* S. 464 f.

Dagegen *v. Liszt* S. 203,

Puchelt N. 8, *v. Schwarze* Nr. 1 und S. 112.

[381] In diesem Punkte bedarf also u. E. die Ansicht von *v. Liszt* einer Einschränkung.

gefallen ist; das letztere, wenn entweder der Gegner die Herausforderung gar nicht annimmt, oder seinerseits wieder zurücktritt, oder andere Hindernisse den Eintritt des Zweikampfes verhindern, in Bezug auf welche unsere oben gegebene Interpretation („Umstände, welche vom Willen des Thäters unabhängig waren") zu gelten hat.

Möglich ist auch der Fall, dass die Herausforderung angenommen wird, die Parteien aber hinterher ausdrücklich oder stillschweigend vereinbaren, dass ein wirklicher Zweikampf nicht stattfinden solle — dass also entweder nur formell ein solcher ausgefochten wird, oder alles Weitere unterbleibt. Dieses gemeinsame Vorgehen wird ja für die Kreise, in denen gewöhnlich ein Zweikampf stattfindet, als das ev. allein mögliche erscheinen, wenn überhaupt derselbe unterbleiben soll. Weder der einen oder anderen Partei wird regelmässig ein Recht zustehen, das eingegangene Verhältnis einseitig zu lösen. Aber rechtlich kann das unmöglich in Betracht kommen.

Der Wortlaut des § 204 könnte allenfalls bei rein äusserlicher Betrachtungsweise — die sich jedoch bei formell so unvollkommenen Gesetzen wie dem D. Str.-G.-B. von selbst richtet — dazu verführen, als Erfordernis ein freiwilliges Aufgeben von Seiten beider Parteien anzusehen. Jedoch erklärt sich die Fassung genügend aus dem Bestreben, dieselbe in Einklang zu setzen mit § 201, und dann bedingte die Erwähnung der Herausforderung und der Annahme im Vordersatz den Plural „Parteien" im Nachsatz. Denn der Singular hätte dann ja prädiciert, dass der Rücktritt einer Partei für Alle Straflosigkeit bewirken solle, was ja natürlich Thorheit wäre.

Wir kommen also zum Resultate als dem vom Gesetzgeber gewollten:

Rücktritt beider Parteien macht alle Beteiligten straflos.

Rücktritt nur einer Partei bewirkt Straflosigkeit nur dieser. In letzterem Falle bleiben die Kartellträger strafbar, jedoch werden dieselben häufig § 209 zu ihren Gunsten anführen können.

Am treffendsten bisher *Olshausen.*[382]

161. Der § 163 ist scheinbar noch mehr mit limitativen Clauseln behaftet, als alle übrigen.

---

[382] *Olshausen* ad § 204 Nr. 1—5 S. 757—758.

Dennoch sind die Erfordernisse keine andern, als ‚contrarius actus‘, Nichtentdeckung und bisheriger Nichteintritt des Delictsschadens — alle diese concretisiert ausgedrückt.

Die conträre Thätigkeit besteht im Widerruf der falschen Aussage bei derjenigen Behörde, bei welcher sie abgegeben worden war. Dass derselbe gerade bei der letzteren zu erfolgen hat, ist nichts als die stricte Forderung der entsprechenden Gegen-Handlung. In diesem Sinne ist auch die streitige Frage zu beantworten, ob es mit diesem Momente ernst zu nehmen sei. Dieselbe erledigt sich von selbst: Solange der Widerruf nicht bei dieser Behörde erfolgt ist, trägt der Thäter immer noch die Gefahr, dass eine Untersuchung, Anzeige etc. ihm zuvorkommt. Er wird daher Interesse daran haben, möglichst bald unmittelbar an jene Behörde den Widerruf zu bringen — erst das verbürgt die Verhinderung der Folgen, die ihn der Straflosigkeit entrücken können.

Ist aber vor diesem Eintritt auf dem gewählten Umweg der Widerruf doch noch jener Behörde bekannt geworden, so ist er vor jeder Strafe sicher.

Wendet sich der pp. demnach an eine andere Behörde, so wird er in der Regel zu demselben Ziele kommen. Denn diese wird gemeinhin mindestens ein ‚officium nobile‘ haben, es jener mitzuteilen.

Selbstverständlich scheint mir übrigens, dass auch hier die Einheit der Behörden in dem von *Olshausen* (Comm. S. 609 oben ad § 158 Nr. 1) entwickelten Sinne anzunehmen ist, dass demnach z. B. der Widerruf einer vor dem Untersuchungsrichter abgegebenen Aussage durchaus gültig und correct unmittelbar vor der Strafkammer erfolgen kann.[383]

162. Das Erfordernis der Nichtentdeckung ist hier dahin zu Gunsten des Thäters präcisiert, dass erst eine Anzeige oder Untersuchung in Betracht kommen soll. Hier liegt offenbar der Gedanke zu Grunde, dass in einem solchen Falle die Annahme des Moments der Freiwilligkeit ausgeschlossen sei, da vermuthlich erst die Anzeige die Ursache des Widerrufs bilde. Auch hier ist eine ‚praesumptio juris et de jure‘ so thöricht wie stets im Strafrecht.

---

[383] S. überhaupt des weiteren *Olshausen* Nr. 1 ad § 158 S. 608 f. über den „Widerruf“.

Was die Bedeutung des Wortes Anzeige betrifft, so ist unbedingt der ‚animus denunciandi apud magistratum‘ zu erfordern, der Wille, die falsche Aussage zur behördlichen Kenntnis zu bringen.

„Untersuchung“ kann hier natürlich nicht im Sinne der Strafprocessordnung genommen werden. Vielmehr schon dann ist eine Untersuchung gegen den Delinquenten eingeleitet, wenn er auf Grund seiner verdächtigen Aussage Gegenstand behördlichen Vorgehens ist. Jedoch Erhebungen bloss objectiver Natur, etwa über die objective Wahrheit der Aussage genügen nicht; es muss wirklich schon eine persönliche Richtung vorliegen, eine subjective Verschuldung muss bereits Object der Ermittelung sein.

Ausdrücklich ist betont, dass „gegen ihn“ schon die Untersuchung eingeleitet sein muss, blosse Erhebungen über die objective Richtigkeit der Aussage sind daher jedenfalls nicht [384] hinreichend.

163. Das dritte Erfordernis ist der bisherige Nichteintritt des Delictsschadens, präcisiert als Rechtsnachteil [385], der einem andern aus der falschen Aussage entstanden ist. Warum das Gesetz bloss auf den Rechtsnachteil reflectiert, ist nicht recht abzusehen. Schaden andrer Art sollte doch wahrhaftig auch in Betracht kommen. — Die „rechtliche“ Position des von der falschen Aussage Betroffenen ist vielleicht noch in keiner Weise alteriert, aber seine Ehre, sein Ansehen, sein Credit und alles mögliche andere kann in empfindlichster Weise geschädigt worden sein. Soll das alles gar nicht relevant sein?

Dass übrigens ein Rechtsnachteil auf dem verschiedensten Gebiete möglich ist, ist offenbar. Jede rechtliche Veränderung der Position des pp., die dieser nicht selbst anstrebte, die also wider seinen Willen erfolgte, wird als solche erscheinen müssen: jeder, „von Rechts wegen“ erfolgende Willenszwang, jeder Eingriff in seine Rechtssphäre.

Der Umfang der §§ 204 und 163 bedurfte keiner näheren Umgrenzung.

164. Dagegen giebt der des § 310 zu Zweifeln Anlass. Dass sich derselbe sowohl auf vorsätzliche wie auf fahrlässige

---

384 *Olshausen* Nr. 3 ad § 158. S. 609.

385 *Olshausen* Nr. 4 ad § 159, S. 609.

Brandstiftung bezieht, geht schon aus seiner Stellung hervor. (Vergl. zu derselben die Entstehungsgeschichte *Rüdorff* Nr. 1.)

Bestritten aber ist, ob derselbe auch im Falle des § 265 (Versicherungsbetrug) anwendbar sei.[386] Jedoch liegt auch hier ein „Brand" vor, der nur wegen der Qualification durch die betrügerische Absicht in den Abschnitt Betrug versetzt ist. Jene Qualification kann aber nicht die materielle Zugehörigkeit zum Begriffe der Brandstiftung lösen und damit die Anwendbarkeit des § 310 ausschliessen. Überdies spricht legislativ alles für die letztere, nichts dagegen. Auch der Grundsatz ,in dubio mitius' müsste etwaige Zweifel zu Gunsten der Anwendbarkeit von § 310 entscheiden.

165. Der § 310 steht in nahem Zusammenhang mit § 46 Z. 2.

Das Verbrechen der Brandstiftung ist formell vollendet, sobald der pp. Gegenstand (nicht etwa das Brennmaterial) wirklich brennt. Jedoch der eigentliche Delictsschade, den der Gesetzgeber bei Aufstellung seiner Strafdrohung im Auge hat, liegt dann noch nicht vor, wenn der pp. Gegenstand erst angebrannt ist. Darum kann der Thäter auch jetzt noch immer zurück. Löscht

---

[386] Für die Anwendbarkeit des § 310 auch auf den Fall des § 265 sind *Puchelt* Nr. 5 ad § 265; *v. Schwarze* Nr. 9 ad § 265 S 780 (ohne weitere Motivierung) Gegen dieselbe *Oppenhoff* Nr. 6 ad § 265 (o. w. Mot.); *Rubo* Nr. 4 ad § 265 (wegen des „bestimmten" Art. „den" Brand [!!] S. 878).

Olshausen Nr. 1 ad § 310 S. 1190 f. — *Spesshard*, Versicherungsbetrug S. 48 (: „Das Vb. des § 265[1] ist nicht eine qualificierte Brandstiftung sondern ein Vb. ganz für sich, welches die durchaus singulare, nur für die eigentliche [!! petitio principii!] Brandstiftung gegebene Bestimmung des § 310 gar Nichts kümmern kann. Auch würde eine Anwendung derselben auf den Brandversicherungsbetrug Anlass zu der wohlbegründeten Frage geben müssen, warum das Gesetz denn nicht auch dem Seeversicherungsbetrüger unter gleichen Umständen Straflosigkeit zugesagt habe, da doch i. Ü. beide Fälle — derselben Behandlung unterliegen". — Schweden Str.-G-B. Cap. 19 § 6 gewähre Strafmilderung. Nun das würde doch nur zu Gunsten unserer Ansicht anzuführen sein! — Übrigens lässt sich daraus, dass der Gesetzgeber nicht auch bei ähnlichen Fällen eine gleiche Disposition getroffen habe, kaum je etwas folgern; in unserem Falle noch dazu offensichtlich gar nichts, denn die Thätige Reue ist eben nur in Ausnahmefällen anerkannt.

[387] Wie im II. Teil in der rechtsvergleichenden Übersicht bemerkt wurde, hatte Preussen 1851 unbegreiflicherweise im Falle unseres § 310 weder Straflosigkeit noch Strafmilderung!

er, so bleibt er von der Strafe frei. Ein gewisser Schade liegt natürlich schon in dem Anbrennen, und wegen desselben kann möglicherweise der Thäter aus dem Gesichtspunkt der Sachbeschädigung bestraft werden.

Der durch die blosse Inbrandsetzung bewirkte Schade[388] ist ein Begriff, der einer genauen Fixierung unzugänglich im einzelnen Fall sich mit Leichtigkeit ergeben wird.

Neben der conträren Thätigkeit, dem Wiederlöschen, fordert das Gesetz Nichtentdeckung, in Betreff deren genau das oben ad § 46 Z. 2 Ausgeführte zu gelten hat.

166. „Der Brand" ist übrigens nicht schon „entdeckt", wenn jemand eine Rauchsäule oder einen Feuerschein aufsteigen sieht, sondern erst wenn mit hinreichender Sicherheit ein Brennen des Gegenstandes in seiner alarmierenden Bedeutung festgestellt wird.

Bei der grossen Bedeutung des Alarm bei diesem gemeingefährlichen Delict wird man eher geneigt sein, das Erfordernis der Nichtentdeckung damit zu erklären, dass die Erregung des ‚trouble' hier doch schon etwas sehr wesentlich in Betracht kommendes sei — und daher schon als ‚damnum intellectuale' die Strafe zu begründen vermöge. Immerhin ist mir auch hier wahrscheinlich, dass der Gesetzgeber in der Entdeckung völlig unzutreffender Weise den Beweis der Nichtfreiwilligkeit objectiviert sieht.

III. Capitel.

Die Straflosigkeit der Teilnehmer.

A. Die Straflosigkeit der Teilnehmer bei Thäter-Rücktritt.

167. I. A. — 168. Logischer Beweis der Straflosigkeit. — Allgemeine Erwägungen zu Gunsten der Straflosigkeit. — 170. Straflosigkeit der Teilnehmer auch bei „Thätiger Reue" des Thäters. — 171. Die Judicatur des R.-G. — 172. Prüfung der Gegenansichten.

---

[388] Pervers, *Meves* G.-S. XXIV 1872 S. 182 der sich auf die Worte „blosse Inbrandsetzung" steift.

Auch die übrigen Versuche (s. *Olshausen* Nr. 3 ad § 310), den Begriff näher zu fixieren, scheinen mir entweder falsch oder doch praktisch

B. Die Straflosigkeit der Teilnehmer bei eigenem Rücktritt.

167. Die im Deutschen Str.-G.-B. statuierte Straflosigkeit hat auch den Teilnehmern zu Gute zu kommen. Und zwar in einem doppelten Sinne.

Einmal nämlich sind die Teilnehmer straflos, wenn der Thäter die Voraussetzungen des Rücktritts etc. erfüllt.

Es folgt dies mit logischer Consequenz aus der ‚qualitas adiecticia' der Teilnahme gegenüber der Thäterschaft nach Deutschem Reichsrecht.[389]

Dass trotzdem in Theorie und Praxis die Straflosigkeit der Teilnehmer im Falle des Rücktritts des Thäters nicht durchweg anerkannt ist, hat seinen Grund in der im ersten Cap. dieses Teiles bekämpften und hoffentlich widerlegten Auffassung vom Charakter unseres „Strafausschliessungsgrundes."

168. Nach der richtigen Ansicht liegt die Impunität der Teilnehmer klar zu Tage:

Strafbare Teilnahme, also schlechthin Teilnahme i. S. d. D. Str.-G.-Bs., setzt einen strafbaren (prinzipalen oder Thäter-)Thatbestand voraus. Ein solcher liegt in unserem Falle nicht vor. Denn das zur Cognition kommende Gesamtverhalten des Thäters ist keine strafbare Handlung. Der Grund für dessen Straflosigkeit liegt nicht in persönlichen Verhältnissen des Thäters, sondern im objectiven Bestande des Geschehenen selber. Das Verhalten des Thäters kommt für das Strafrecht in Betracht als reale oder

---

unbrauchbar. Die Formel, welche das Gesetz anwendbarer machen soll, ist ein grösseres Rätsel, wie dieses selbst.

Mit solchen Formeln ist der Praxis nicht geholfen!

[389] Die Begriffsnotwendigkeit, mit der sich die Sfraflosigkeit des Anstifters eines zurückgetretenen Thäters ergiebt, hat schon *Bremer* betont. A. N. F. 1853 Ergänzungsheft S. 108 „Die Straflosigkeit des Anstifters in solchem Falle möchte aus seiner accessorischen, von der Thäterschaft abhängigen Strafbarkeit mit Notwendigkeit folgen."

Aus der früheren Praxis oberster Deutscher Gerichtshöfe ist *Wolfenbüttel* 7. Dec. 1877 für unsere Ansicht hervorzuheben.

Gegenwärtig richtig *Berner* S. 156; *Meyer* S. 279; *Schütze* S. 141 Anm. 41; *Rubo* ad § 46 Nr. 3 S. 421; *Olshausen* § 46 Nr. 2; *Baumgarten* S. 457.

präsumierte Vollendung. Der freiwillig aufgegebene Versuch ist weder das eine noch das andere. Also fehlt es hier überhaupt an einem strafbaren Thatbestand.

Eine Teilnahme kann es daher im technischen Sinne (d. h. also: eine strafbare Teilnahme) gar nicht geben.

169. Es ist dieses Resultat — einmal ganz abgesehen von seiner logischen Notwendigkeit — ein durchaus der Billigkeit entsprechendes — vorausgesetzt, dass man das Strafbare nicht schon in des Teilnehmers Verhalten als solchem, abstrahiert von dem des Thäters, erblickt.

Nehmen wir den Anstifter. — Derselbe wird nach geltendem Recht — unbeschadet des § 49a! — nicht wegen seiner Thätigkeit als solcher gestraft, sondern wegen der sich anschliessenden strafbaren Thätigkeit des Angestifteten.

Gelingt es ihm nicht, jemanden zu einem seinem Willen entsprechenden Handeln zu bestimmen, dann bleibt er straflos.

Im Falle des Rücktritts ist nun jedenfalls das Handeln des Thäters in seiner Gesamtheit durchaus nicht dem Willen des Anstifters entsprechend. Denn dasselbe war nicht von derjenigen Energie, um den bezielten Punkt zu erreichen.

Ein Anstifter z. B., dessen Thäter — man gestatte die Prägnanz — zurückgetreten ist, steht — die Prämisse zugegeben — unmöglich anders, wie ein Anstifter, der überhaupt keinen Thäter gefunden hat. — —

170. Aus der begrifflichen Gleichheit von Rücktritt und Thätiger Reue im Sinne von Cap. I folgt von vornherein, dass hier wie da ev. auch die Teilnehmer straflos bleiben müssen. Hier wie da handelt es sich um objectiv straflose Thatbestände.

Am ersten könnte im § 310, eine oberflächliche Betrachtung an der Straflosigkeit der Teilnehmer bei Thäter-Reue Anstoss nehmen.

Man verzeihe daher, wenn ich recapituliere:

Princip ist, dass der Thäter vor Eintritt des Delictsschadens zurückkann. Bei der Brandstiftung liegt der letztere aber nicht im Anbrennen eines Gegenstandes, sondern in dem wenigstens teilweisen Verbrennen, in der wenigstens teilweisen Zerstörung einer Sache durch Feuer verbunden mit einer indefiniten Gefahr („Gemeingefahr"). Eine diesem Begriffe entsprechende Formulierung

des Brandstiftungsthatbestandes ist jedoch mit den grössten Schwierigkeiten verbunden und der Gesetzgeber hat es daher vorgezogen, §§ 306 ff. D. Str.-G.-B. von einem „In-Brand-setzen" zu reden und im § 310 die nötige Restriction vorzunehmen. Letztere engt gegenüber §§ 306 ff. das Gebiet des Strafbaren wieder ein.

Dem entspricht die Wortfassung: es „tritt Straflosigkeit ein."

Durchaus im Einklang mit unserer Ansicht steht es, wenn § 204 auch Straflosigkeit für die Kartellträger ausspricht, falls die Parteien zurückgetreten sind, mögen jene auch nicht das mindeste Verdienst daran haben.

In § 163 ist der Fall [fahrl. Handlung!] nicht praktisch. Unser Resultat ist also, dass die Straflosigkeit im Falle auf Seiten des Thäters Rücktritt oder Thätige Reue i. s. s. vorliegt, keine persönliche, sondern eine dingliche ist, d. h. auch allen Teilnehmern zu gute kommt.

171. Die Judicatur des R.-G. in unserer Frage beruht auf einer totalen Verkennung der Entstehungsgeschichte[390] und des Inhalts wie der Bedeutung der Motive.

Die letzteren reden bekanntlich von einem Ausschliessungsgrund. Aber wer, frage ich, kann den Mut haben, diesen Ausdruck ohne irgend welchen Anhalt im Sinne eines „persönlichen" Strafausschliessungsgrundes zu verstehen? Und der Wortlaut „der Versuch" lässt ja von vornherein keinen Zweifel übrig! Es ist daher durchaus richtig, wenn *Olshausen*[391] mit Entschiedenheit betont hat, dass jedenfalls gegen die Straflosigkeit der Teilnehmer aus der Entstehungsgeschichte gar nichts folge, der Wortlaut und der accessorische Charakter der Teilnahme dieselbe aber von selbst involvierten.

Die allgemeine Basis, von der aus das R.-G. unsere Materie betrachtet, ist oben[392] mit grösster Ausführlichkeit besprochen. Dass selbst von diesem Standpunkt die Strafbarkeit der Teilnehmer sich nicht rechtfertigen lässt, hat *Olshausen* bewiesen. Hier die Urteile, welche nur die Consequenzen jener haltlosen Vordersätze ziehen, wiederzugeben und zu besprechen — dafür ist kein Raum.[393]

---

[390] S. hierüber Cap. I.

[391] *Olshausen* Nr. 2 ad § 46.

[392] Cap. I.

[393] Für die Strafbarkeit des Gehülfen bei Thäter-Rücktritt hatte schon das



172. Freilich — völlig allein steht das Reichsgericht nicht. Aber die Gründe, mit denen seine Anhänger die Ansicht rechtfertigen, richten dieselbe!

Binding[394] corrigiert einfach für Versuch „der Versuchende". Eine grosse Einfachheit des Verfahrens!

Geyer[395] folgert — gleichfalls eigenartig — aus den Worten: „der Versuch als solcher" die Strafbarkeit der Teilnehmer.

Allerdings rätselhaft!

Hälschner[396] bringt die Legende vom Begriffsmerkmale und Ausschliessungsgrund.

Oppenhoff[397] schliesst sich den erstgenannten Autoren in origineller Interpretation an. — Die Teilnehmer sind strafbar. „„Ebendeshalb ist die Fassung: „der Versuch als solcher bleibt straflos" nicht korrekt, da nur der Thäter für seine Person mit Strafe verschont wird"" Also: „Dieser Thatbestand ist strafbar [sic volo, sic jubeo!] eben deshalb ist die Fassung des Gesetzes, dass er straflos bleiben solle, nicht correct, da der, welcher den Thatbestand erfüllt, eben gestraft wird"!!

Rüdorff-Stenglein[398] fühlt sich veranlasst, Oppenhoffs geistvolle Bemerkung beistimmend zu citieren!

Schwarze, der Vater der Verwirrung in Bez. auf § 46, hat an seinen Ansichten festgehalten.

173. In einem doppelten Sinne — sagten wir — kann von einer Straflosigkeit der Teilnehmer bei Rücktritt v. V. die Rede sein. Nämlich einmal wenn derselbe auf Seiten des Thäters vorliegt. Diesen Fall haben wir erledigt.

Ob.-Trib. 4. März 1875 wider *Holler*, *Görtz u. Gen.* II 281 [G.A. XXIII (1875) 191 ff.]

entschieden. Das R.-G. hat eine verhängnisvolle Neigung diesen Gerichshof als autoritativen Vorgänger zu betrachten So auch hier:

R.-G. I. Str.-Sen. U. v. 13. Jan. 1881 g. G. Rep. 3490/80 [E. III 1881 S. 249 f.]

II. Str.-Sen. U. v. 6. Juni 1882 g S. 1235/82 [E. VI. 1882 S. 341 ff.]

[394] *Binding*, Grundriss, S. 120.

[395] *Geyer*, Grundriss, S. 134.

[396] *Hälschner*, D. Str.-R. I, S. 362.

[397] *Oppenhoff*, Nr. 1 ad § 46 S. 97.

[398] *Rüdorff-Stenglein*, Nr. 4 ad § 46 S. 179 f.

[399] *Schwarze* im Exc. und ad § 46.

Das andere Mal, wenn die Teilnehmer selbst zurücktreten.[400]

Der Streitpunkt — denn auch hier befinden wir uns in einem Gespinst von Controversen — ist vielfach als ein solcher reiner Wortinterpretation hingestellt worden. Man glaubte den Kern zu treffen, wenn man formulierte: Ist „Thäter" im Falle von § 46 im technischen Sinne zu nehmen?[401]

Eine ganz verkehrte Fragestellung! Es ist ganz selbstverständlich, dass Thäter nur im techn. Sinne (= physischer Urheber) gemeint sein kann — aber es kann andrerseits keine Rede davon sein, dass dadurch die Straflosigkeit von Teilnehmern, die zurücktreten, ausgeschlossen wäre.[402]

---

[400] Am richtigsten hat bisher *Meyer* Lb. S. 279 diesen zweiten Fall behandelt. Es „versteht sich von selbst", sagt derselbe, „dass [dem Rücktritt] für den Mitthäter unmittelbare Bedeutung zukommt, sowie, dass ein jeder Teilnehmer straflos bleibt, sofern es ihm gelingt, zu verhindern, dass das Delict vollendet oder auch nur versucht wird, oder sofern es ihm gelingt, den Einfluss der von ihm geübten Einwirkung rechtzeitig wieder rückgängig zu machen.

Meyer ist also, wenn wir ihn richtig verstehen, der Ansicht, dass aus dem Wesen der Teilnahme von selbst folge, dass jeder Teilnehmer die That negieren könne und dann natürlich straflos bleiben müsse. Jedoch meint er, dass die Bestimmungen über den Rücktrit vom Versuch nicht analog auf den Rücktritt von der Teilnahme anzuwenden seien. Das erstere halten wir für durchaus richtig. Was das letztere betrifft, so dürfte aber doch ein arg. a mai. ad minus statthaft sein.

[401] So die herrschende Meinung. Sie will aus dem Wortlaut des § 46 folgern. — Den Anfang machte *Meves* G.-S. XXIV 175, der die Straflosigkeit darum ausschloss, weil das Gesetz „Thäter" stets im technischen Sinn brauchte.

Diese Behauptung war in dieser Allgemeinheit völlig unrichtig wie *Herzog* XXVI (1874) S. 43f. betont.

Letzterer legte G.-S. XXIV 457 ff. die fragl. Worte so aus, dass „Thäter" Z. 1 nur Thäter i. e. S. sein könne, in Z. 2 dagegen auch den Teilnehmer umfasse. Diese Ansicht hat neuerdings ausdrücklich adoptiert *Baumgarten* S. 459. „Thäter" verstehen i. nichttechnischem Sinne: *Schwarze* S. 108, *Hälschner* S. 363. Vgl. ausserdem *Rüd.-Stengl.* Nr. 4, *v. Liszt* § 47 IV. 2 S. 204, *v. Oppenhoff*, die mit Recht annehmen, dass die Teilnehmer den Erfolg abwenden können und dann straflos bleiben.

R.-G. für Straflosigkeit. Vgl. nam. U. IV. Str.-Sen. v. 13. Dec. 1887 (Entsch. XVI 1888 S. 725f.)

[402] So fälschlich *Olshausen* Nr. 7 ad § 46, S. 169. Seine Anschauung in Betr. der Auslegung des Wortes „Thäter" teile ich durchaus, den Begriff der Teilnahme hat er aber wie die comm. opinio unzureichend er-

Die Erörterung der Frage gehört aber gar nicht in die Lehre vom Versuch, sondern in die Lehre von der Teilnahme. Was das Gesetz über den Versuch statuiert, ist natürlich für den Complicen ohne jede unmittelbare Bedeutung, da es ja einen „Versuch“ der Teilnahme nicht giebt.

174. Jedoch soll nicht in Abrede gestellt werden, dass allerdings aus § 46 sich indirect ein Beweis für die Straflosigkeit der Teilnehmer führen lässt. Mit Hülfe eines ‚argumentum a majore ad minus‘, welches natürlich überall im Strafrecht statthaft ist, sofern durch ein solches keine Extension des Strafbaren herbeigeführt wird — lässt sich die Impunität mit unumstösslicher Sicherheit erschliessen.

Nämlich: Kein Teilnehmer i. w. S. erscheint dem Gesetze strafbarer wie der Thäter. Wenn es nun diesen straflos macht, wenn er den Eintritt des Delictsschadens verhindert, so muss Straflosigkeit erst recht dem Teilnehmer i. e. S. zu teil werden, der ein gleiches thut.

Es ist dies eine vollkommen richtige Argumentation, die nur deshalb zu verwerfen ist, weil schon aus dem begrifflichen Wesen der Teilnahme dasselbe folgt, und der logisch nächste Beweis für einen Satz im wissenschaftlichen Sinne der Beweis ist.

175. Es liegt uns nun fern, tiefer in die Lehre von der Teilnahme einzugehen. Unsere — hier nicht näher zu begründende — ratio decidendi ist: Teilnahme i. S. d. G. liegt überhaupt erst dann vor, wenn, soviel am Teilnehmer lag, die That zur Vollendung gedieh, d. h. der Delictsschade i. S. d. G. eintrat.

Dabei ist zu beachten, dass der Teilnehmer nicht nur ein mittelbares Verhältnis zur That hat — vermittels der Person des Thäters — sondern auch ein unmittelbares: er kann selbst in den Lauf der Dinge eingreifen.

Nehmen wir als Beispiel den Anstifter.

Warum wird er gestraft, wenn ein strafbarer Versuch des Angestifteten vorliegt? Bei äusserlicher Betrachtung ist man geneigt zu sagen: weil eine strafbare Thätigkeit des Angestifteten

---

fasst. Und selbst, wenn nicht der positivrechtliche Begriff der Teilnahme die Straflosigkeit bei Rücktritt involvierte, so würde doch ein argumentum a maiore ad minus (vgl. oben!) nach den höchsten Interpretationsgesetzen des Strafrechts durchaus statthaft sein.

vorliegt. — Auch das D. Str.-G.-B. drückt sich so oberflächlich aus, ohne dass es irgend wie dadurch der wissenschaftlichen Ergründung des Begriffes präiudicieren will. —

Der Grund für die Strafbarkeit des Anstifters kann kein anderer sein, wie der für die des Thäters. Ist der Delictsschade eingetreten, wird er gestraft, weil er diesen herbeigeführt hat, weil, seine Thätigkeit hinweggedacht, jener ausgeblieben sein würde. Ist er nicht eingetreten, dann wird er ev. gestraft, weil wir die Überzeugung haben, dass er, soviel an ihm lag, es zum Delictsschaden hätte kommen lassen.

Die nähere Ausführung und Begründung über diesen Begriff der Teilnahme vermögen wir hier — in einer Monographie über eine Specialfrage der Lehre v. Versuch — nicht zu geben. Von der Brauchbarkeit der Formel — auch für andere Fragen (z. B. agents provocateurs!) — wird man sich leicht überzeugen können. —

176. Die Consequenzen der Ausführungen dieses ganzen Cap. möchte ich kurz dahin präcisieren:

1. Im Fall beim Thäter die Voraussetzungen des Rücktritts und der Thätigen Reue vorliegen, wird eine dingliche Straflosigkeit, eine Straflosigkeit für alle Teilnehmer begründet.

2. Durch ein analoges Verhalten des Teilnehmers wird Straflosigkeit nur für diesen (den ‚zurücktretenden‘ Teilnehmer) herbeigeführt.

IV. Capitel.

Processuale Behandlung des Rücktritts vom Versuch und der Thätigen Reue.

177. Wichtigkeit der processualen Behandlung in materieller Beziehung. — 178. Verteilung der Beweislast? — 179. Behandlung der Strafausschliessungsgründe vor Gericht. — 180. Desgl. im Falle ausdrücklicher Behauptung. — 181. Die Beweisfrage. — 182. R.-G. — 183. Die Strafausschliessungsgründe sind in abstr. stets zu berücksichtigen. — 184. Modus

177. Kaum für einen zweiten Gegenstand des materiellen Strafrechts hat die Behandlung im Process eine gleiche practische Bedeutung wie gerade für den Rücktritt vom Versuch und die Thätige Reue. In der That kann durch die processualen Bestimmungen die Straflosigkeit so gut wie illusorisch werden![403] Hier untersuchen wir den Gegenstand nur vom Standpunkt unseres positiven Rechts. —

178. Was zunächst die Beweisfrage angeht, so erledigt sich dieselbe nach den Grundsätzen des heutigen Deutschen Strafprocesses allerdings einfach genug. Denn von stricten Beweisen kann hier überhaupt nicht die Rede sein, sondern es handelt sich nur darum, ob nach freier richterlicher Überzeugung der Angeklagte „schuldig" ist im Sinne des Gesetzes. Auch die Behandlung als Strafausschliessungsgründe (bez. Strafaufhebungsgründe) kann daran nichts ändern. Schuldig i. S. des Gesetzes ist eben nur derjenige, bei dem ein gewisser an sich Strafe begründender Thatbestand vorliegt und bei dem ausserdem keine Strafausschliessungsgründe vorhanden sind. Denn jenes „schuldig" bedeutet ja nicht die äussere Beziehung des betreffenden Subjects zu einer äusseren Thatsache, sondern es bedeutet, dass dieses schuldig ist der Strafe. Die Strafe aber soll, nach dem Willen des Gesetzgebers eben dann nicht eintreten, wenn ein Strafausschliessungsgrund vorhanden ist. Der heutige Strafprocess verfolgt nur das Ziel, dem materiellen Strafrecht gerecht zu werden, darum ist der Richter an keine Beweisregeln gebunden.

Es ist daher die Auffassung durchaus zurückzuweisen, dass der Angeklagte den Rücktritt oder die thätige Reue zu beweisen habe. Es ist dies zwar behauptet worden, behauptet selbst auf Grund der Formulierung des Code pénal, selbst auf der des Preussischen Strafgesetzbuchs. In ersterer Beziehung sei auf

---

[403] Vgl. Anm. 406.

Lelièvre[404], in letzterer auf *Küssner*[405] verwiesen. Einige ältere Particulargesetzgebungen[406] machten in der That die Straflosigkeit von der Beweisführung des Angeklagten abhängig.

Nach unserem Rechte[407] kann davon sowenig wie nach französisch—preussischem die Rede sein. Die Behandlung als Strafausschliessungs- oder Aufhebungsgründe ändert daran nichts[408]. Die Auffassung derselben nach Analogie civilrechtlicher Exceptionen, überhaupt die ganze Anschauung, dass im Criminalrecht etwas vorliegen könne, was erst realiter strafbar sei, dessen Strafbarkeit aber wieder aufgehoben werde, ist völlig haltlos. Es handelt sich immer nur darum: Soll jetzt, wo die Sache zur richterlichen Cognition steht, A mit der Strafe belegt werden oder nicht. Die Strafausschliessungsgründe engen eben das Gebiet des Strafbaren ebenso ein, als wäre es von vornherein ein engeres gewesen. Wir werden unten noch auf diese Auffassung zurückzukommen haben.

179. Der Richter hat sich also allerdings prinzipiell stets darüber klar zu werden, ob solche Umstände vorliegen; ev. sind dieselben von Amtswegen zu erörtern.

---

404 *Lelièvre*, De con. del 231 f. 329 f. nam. 331 ‚nec accusatori imponi posse illius rei probationem. — Dagegen

Merlin, XVII. 129 s. v ‚tentative'; *Sirey* s. v. tentative p. 1019 *Berriat-St.-Prix*, Cours (Bruxelles 1837) p. 47 und consequent der Pariser Cassationshof.

405 *Küssner* G.-A. III (1855), Über Beweislast und Präsumptionen im Preuss. Strafverfahren.

406 So Bayern 1813 in Bezug auf freiwilliges Abstehen, „welches Letztere jedoch nicht vermutet wird." (Art. 57 Abs. 1 a. E.) Dagegen erklärte sich scharf — *Rossi* Traité de droit pénal III p. 6 On s'est donc écarté du but dans la législation bavaroise en posant en principe que le désistement volontaire ne se présume pas. Il doit au contraire être présumé toutes les fois que l'accusation ne parvient pas à prouver que la tentative a été interrompue par des circonstances fortuites et indépendantes de la volonté de l'auteur.

Die fraglichen Worte wurden denn auch durch Art. 8 Abs. 2 d. G. v. 29. Aug. 1848 beseitigt.

Hessen 1841 „wenn der Thäter nachweist" u. s. w.

407 Die Behauptung von *Seeger* G.-A. XVIII 230 kommt jetzt nicht mehr in Betracht.

408 Sehr zutreffend ist, was *Meyer* über das Beweismoment sagt. Meyer 376.

Dem Urteil brauchen deshalb die Resultate der diesbezüglichen richterlichen Beratung, falls sie nur ein negatives Resultat haben, nicht incorporiert zu werden, sondern es bleibt „die Aufnahme einer negativen Feststellung dem Ermessen des Gerichtes überlassen“ [409].

180. „Waren [dagegen] in der Verhandlung solche vom Strafgesetze besonders vorgesehene Umstände behauptet worden, welche die Strafbarkeit ausschliessen . . ., so müssen die Urteilsgründe sich darüber aussprechen, ob diese Umstände für festgestellt oder für nicht festgestellt erachtet werden“ [410]. Das Feststellen hat natürlich hier keine absolute Bedeutung, sondern nur eine relative in Bezug auf die Zugrundelegung von Thatumständen für das Urteil. Es soll und kann damit nach dem Geist des modernen Strafprocesses nur gemeint sein: waren die behaupteten Momente der Art, dass der Richter auf Grund freier Ueberzeugung sich für berechtigt und verpflichtet hielt, dieselben in ihrer strafausschliessenden . . . Bedeutung anzunehmen oder nicht.

Ist in der Hauptverhandlung nichts Derartiges behauptet worden, so kann dasselbe auch processual nicht in Betracht kommen; es ist in Beziehung auf jene Verhandlung gar nicht „in mundo“ und deshalb kann auch nicht auf Grund des Nichtbehandelns eines Nichtbehaupteten eine Revision gegen das auf jene ergangene Urteil gestützt werden. Denn eine Feststellung aus eigener Initiative des Gerichts ist nicht geboten und die stillschweigende Verneinung der Strafausschliessungsgründe, die sich in der Nichterwähnung derselben im Urteil ausspricht, bildet ein factum internum des Gerichts, welches jedem processualen Angriff überhoben ist.

Im Uebrigen ist natürlich die Nichtbeachtung durchaus geeignet, die Revision zu begründen [411].

Auf Grund des heutigen Rechts muss diese Anschauung in Bezug auf die Behandlung der Materie des § 46 u. s. w. als

---

409 *Löwe*, Str.-Pr.-O. Kommentar ad § 266 Anm. 2 (IV. A. S. 516).

410 Str.-Pr.-O. § 266 Abs. 2.

411 *Löwe*, Komm., Anm. 4 ad § 376 (IV. A. S. 667) „In der Beschwerde, dass das Gericht es mit Unrecht unterlassen habe, eine gewisse Fesstellung zu treffen, ist die Rüge eines processualen Verstosses enthalten. Begründet ist eine derartige Rüge nur dann, wenn dem Gericht durch den Inhalt des Eröffnungsbeschlusses oder durch die Anträge oder Behauptungen der Processbeteiligten ein zwingender Anlass geboten war, die fragliche That-

ganz selbstverständlich erscheinen, da, wie[412] schon in einem anderen Abschnitt bemerkt, selbst Unzurechnungsfähigkeit vom Gesetze als Strafausschliessungsgrund bezeichnet wird. Ob dieser Name nicht für ein anderes Gebiet reserviert werden sollte, das ist eine Frage, deren Untersuchung hier gar nicht in Betracht kommen kann. — —

181. Aber, um nach diesen Vorerörterungen zurückzukommen auf die Beweisfrage, so reduciert sich dieselbe nach dem Principe des § 260 Str.-Pr.-O. auf die Frage, was denn geeignet ist, in concreto die richterliche Ueberzeugung zu begründen, dass der Thäter die Bedingungen des Gesetzes § 46 etc. erfüllt hat.

Hierüber finden sich schon bei *Bauer*[413] treffende Bemerkungen. *Luden's*[414] Ausführungen hängen mit seinen oft ganz eigentümlichen Anschauungen zu eng zusammen, um für uns von Nutzen zu sein.

Wenn wir uns übrigens so ausdrücken: wodurch wird die richterliche Ueberzeugung begründet, dass der Thatbestand des § 46 etc. vorliegt, so ist das nach dem oben Entwickelten nicht correct, es müsste heissen, wodurch wird die richterliche Ueberzeugung begründet, dass der gewöhnliche Fall vorliegt und jene Umstände nicht vorhanden sind.

Hier nun ist von Wichtigkeit für die Begründung der richterlichen, wie der allgemein-menschlichen Ueberzeugung das Verhältnis von Regel und Ausnahme. Freilich wird die Relevanz dieses Verhältnisses im Strafrecht in Bezug auf die Schuldfrage durch das ‚Quivis präsumitur bonus‘ durchbrochen. Man muss also selbst eine geringe Wahrscheinlichkeit, dass der Thäter doch die

---

sache zum Gegenstande einer Feststellung bezw. der Fragestellung zu machen."

[412] Vgl. überhaupt die trefflichen Bemerkungen *Meyer's*.

[413] *Bauer*, Abhandlungen, I. S. 363 „Meist wird das Einhalten des „Thäters in seiner strafgesetzwidrigen Thätigkeit, also das Nichtfortschreiten „oder Stillestehen, mithin eine Unterlassungshandlung genügen, falls nur „nicht die Umstände ergeben, dass derselbe nicht fortschreiten konnte „und dass also das Stillestehn ein unfreiwilliges war. Nicht selten wird „aber ein Umkehren . . . nötig sein.“ —

[414] *Luden* Hb. S. 433 ff

Bedingung des § 46 etc. erfüllt habe, gelten lassen und freisprechen[415]. Für den Richter ist das Gewissenssache. Es lässt sich hierüber kaum Allgemeines sagen. Es fragt sich, ist unter den concreten Umständen und unter Zu-Rate-Ziehung der allgemeinen Erfahrung und Menschenkenntnis, und des in Bezug auf den Charakter des Angeklagten Feststehenden es überhaupt glaublich, dass jene Bedingungen vorliegen. Jenes „glaublich" ist nicht etwa im philosophischen Sinne von denkbar zu nehmen, sondern im Sinne des Lebens. Eine schwere Verantwortung lastet auf den Richtern und ihre Aufgabe beim Prinzipe der freien Beweiswürdigung ist so gewaltig, dass ihr viele nicht gewachsen sind. Glücklicherweise bilden ernstlich schwierige Fälle ja immerhin nur eine Ausnahme.

182. Auch das Deutsche Reichsgericht hat sich über die Beweisfrage beim Rücktritt vom Versuche ausgesprochen; wir können aber seiner Ansicht auch an diesem Punkte nicht beipflichten. Es handelte sich um einen Fall[416], wo eine Frau ihr Kind zu erwürgen gesucht hatte, jedoch davon abgestanden war, möglicherweise infolge der irrigen Annahme, das Kind sei schon tot, möglicherweise aus Sinnesänderung. Das Landgericht hatte freigesprochen „weil die Angeklagte die Ausführung der beabsichtigten Handlung aufgegeben hätte, „mithin" an der Ausführung dieser Handlung nicht durch Umstände gehindert worden wäre, welche von ihrem Willen unabhängig waren."

Die Unrichtigkeit dieser Begründung ist einleuchtend, doch haben wir auf dieselbe nicht einzugehen, sondern nur die Auslassung des Reichsgerichts zu referieren, welche dasselbe im Revisionsurteil in Bezug auf das Beweismoment zu geben für angemessen fand:

„Sofern daher nach den Umständen des Falles, führt es aus, „nicht die Ueberzeugung gewonnen werden kann, dass die Ange- „klagte bei dem Ablassen von dem Würgen noch das Leben des „Kindes voraussetzte und für diesen Fall aus freiem Antriebe sich „entschloss, von der Tödtung des Kindes abzustehen, so lange viel- „mehr noch Raum für die Annahme bleibt, dass sie nur aus Irr- „tum über den bereits eingetretenen Tod des Kindes das Fort-

---

[415] *Meyer* S. 375; vgl. S. 185.

[416] R.-G. II. Str.-Sen. U. v. 17. Juni 1881 g. M. (Entsch. IV 290—295; 3 S. 294 Frage 3).

„setzen des Würgens aufgab, würde der Strafausschliessungsgrund „des § 46 Nr. 1 nicht für dargethan erachtet werden können!

Aus dem oben Ausgeführten ergiebt sich, dass wir unmöglich diese Formulierung für richtig anzusehen vermögen. Dass ein Strafausschliessungsgrund in der Weise dargethan werden müsste, dass gar kein Raum mehr für die gegenteilige Annahme übrigbliebe, das ist eine Behauptung, die im schroffsten Widerspruch mit dem Geiste des heutigen Strafprocesses steht.

183. Kehren wir zu unserem Gegenstande zurück. Soviel ist klar, dass sich — abstract genommen — der Richter in jedem einzelnen Falle klar zu werden hat, ob ein Strafausschliessungsgrund vorliegt oder nicht. Nur ist es sicher, dass dies auch stillschweigend geschehen kann. In den meisten Fällen erledigt sich eben die Frage, ohne dass über sie geredet zu werden braucht.[417] Wie lächerlich würde es z. B. sein, wenn bei jedem Angeklagten vorerst — vielleicht sogar vor den Schöffen — unter Zuziehung mehrerer Aerzte seine Zurechnungsfähigkeit festgestellt werden würde. Und doch beruht das etwaige „Schuldig" auf der Voraussetzung der Zurechnungsfähigkeit. M. M.: wird jemand wegen Versuches verurteilt, so wird dabei die Voraussetzung gemacht, dass der Fall nicht unter § 46 fällt. Ob dieselbe ausdrücklich oder stillschweigend gemacht wird, ändert an der Thatsache nichts, dass das Urteil „Schuldig" ‚in nuce' stets die Verneinung aller Strafausschliessungsgründe in sich schliesst.[418]

Das Gericht hat die Verpflichtung eine materiell gerechte Sentenz zu finden und darum hat es — soweit nicht jeder Richter die Sache stillschweigend für sich erledigt — aus eigener Initiative die Ergebnisse der Verhandlung nach allen nur „möglichen strafrechtlichen Gesichtspunkten zu untersuchen."[419]

184. Im übrigen regelt sich der Modus der Abstimmung nach folgenden Grundsätzen, die nur im schwurgerichtlichen Ver-

---

[417] *Meyer* S. 185, 265.

[418] Durchaus im Einklang (in Bezug auf die processualische Behandlung der Strafausschliessungsgründe) befinden wir uns mit *Johns* trefflicher Darstellung („Strafprocessordnung, Erläutert u. s. w." in *Bezold's* „Gesetzgebung"; S. 482 ff.)

[419] Vergl. *Löwe* ad § 263 Nr. 4.



fahren eine weiter unten zu besprechende Modification zu erfahren haben.

Die strafausschliessenden Umstände werden von der Schuldfrage umfasst (§ 262 Abs. 2 Str.-Pr.-O.) Es ist also jedenfalls Zweidrittelmajorität erforderlich, um sie zu verneinen.

Aus der Zugehörigkeit zur Schuldfrage würde an sich nicht folgen, dass nicht mehrere Fragen gestellt würden, m. a. W. dass man die vorhandenen in sich vereinbaren Momente auf mehrere Fragen verteilte. Denn „Schuldfrage“ ist überhaupt im § 262 nicht im Sinne einer processualen Frage gemeint, sondern offenbar im weiteren Sinne s. v. a. Gegenstand, Vorwurf, worüber der Richter im concreten Falle seine Meinung abgeben muss. Und eben das können in concreto eine ganze Anzahl Fragen sein, die alle zur Schuldfrage gehören; eine Trennung bei der Behandlung kann daher sogar notwendig sein.

Jedoch eins ist dabei stets und unbedingt fest zu halten, dass durch eine derartige formelle Trennung der Fragen nie das materielle Resultat gefährdet werden darf. Immer muss es schliesslich klar sein, dass sich ev. eine Zweidrittelmajorität für das „Schuldig im Sinne des Gesetzes“ zusammengefunden hat. Werden die Fragen rein formell gefasst, dann können sie noch gar nicht als eine Abstimmung entscheidend, sondern erst als Präliminarien der eigentlichen Frage nach dem „Schuldig im Sinne des Gesetzes“ angesehen werden; d. h. also die Ergebnisse der einzelnen Fragen sind nur dann massgebend für das Ergebnis der Abstimmung, wenn die einzelnen Ansichten als Ganzes vereinigt ein „Schuldig“ bezw. Nichtschuldig im Sinne des Gesetzes rechtfertigen. Wir befinden uns mit dieser Ansicht durchaus im Einklang mit den Motiven zur Strafprozessordnung:

Dieselben bemerken S. 194 (cf. *Löwe* S. 548.)

„Denkbar ist es auch, dass von den Richtern ein Teil den „Angeklagten nicht für überführt, der andere Teil einen Strafaus„schliessungsgrund für dargethan erachtet. Auch in einem solchen „Falle wird der Angeklagte freizusprechen sein, weil, wenn eine „Verurteilung erfolgen soll, die Mehrheit der Richter darüber einig „sein muss, dass der Angeklagte schuldig sei, und weil der Mangel „einer Einigung über die Gründe der Freisprechung nicht zu einer „Verurteilung führen kann.“

Im übrigen möchte ich auf die vorzügliche Erörterung *Löwe's* über die Art der Abstimmung, ob diese nach Gründen oder nach dem Endresultat zu erfolgen habe, verweisen.[420]

Nur ist offenbar, dass wir seine Bemerkungen über die Behandlung von § 163 und 204 Str.-G.-B. (l. c. S. 156 s. d α) nicht teilen können:[421] denn nach unserer oben ausführlich erörterten Auffassung ist auch hier das relevante Verhalten noch gar nicht abgeschlossen gewesen, die bez. Ausschliessungsgründe also nicht als ausserhalb der That liegend anzusehen.

185. Ganz unrichtig ist die Ansicht *Olshausens*,[422] falls, wie wohl zweifellos, ihr Sinn der von mir angenommene ist. *Olshausen* sagt nämlich: „Im nichtschwurgerichtlichen Verfahren sind (wie im schwurgerichtlichen) zunächst „die Schuld“ des Angeklagten, demnächst aber „der Strafaufhebungsgrund“ durch zwei gesonderte Abstimmungen festzustellen.“ Die Zulässigkeit zweier Abstimmungen soll nicht geleugnet werden (geboten ist sie ja keinesfalls). Aber im Falle der Trennung des „Schuldig i. S. des Gesetzes“, haben die Resultate der Einzelabstimmungen, wie oben ausgeführt, noch gar keine endgültige Bedeutung, sondern es fragt sich, ob aus ihrer Zusammenziehung sich ein Schuldig im Sinne des Gesetzes ergiebt. Zu diesem Zwecke entscheidet nach § 196 Abs. 2 das Gericht über das Ergebnis der Abstimmung, so dass dann trotz Verneinung der zweiten und trotz Bejahung der ersten Frage doch ein freisprechendes Urteil erfolgen kann, indem sich für ein verurteilendes nicht die erforderliche Mehrheit gefunden hat.

Den „Schuld“begriff *Olshausens* können wir ununtersucht lassen; für uns genügt, dass „Schuldig“, im Sinne des Gesetzes, nur der der Strafe Schuldige ist, also derjenige, dessen Verhalten in seiner Gesamtheit Strafe zu begründen geeignet ist.

186. Im s c h w u r g e r i c h t l i c h e n Verfahren ist allerdings an sich eine andere Behandlung wünschenswert.

Hier ist es bedenklich, dass etwas stillschweigend verneint oder bejaht wird, da hier Laien entscheiden, sollte alles womöglich

---

[420] *Löwe* ad G.-V.-G. § 196 s. Nr. 3. IV. A. S. 154—156 nam. das. 3ca und 3dα.

[421] U. A. gegen *Löwe*. *John* l. c. S. 483 cf. oben Anm. 11.

[422] *Olshausen* Comm. zum Str.-G-B. 2. A. S. 174 ad § 46, s. Nr. 28 Absatz 3.



ausdrücklich und bestimmt zum Ausdruck kommen. Hier wird es allerdings von grosser Wichtigkeit, ob eine ausdrückliche Frage vorgelegt wird oder nicht. Denn der Geschworene ist ja eben kein rechtsgelehrter Richter, er sieht in der Frage nur das, was sie äusserlich umfasst, nicht, was im Sinne des Gesetzes noch alles in ihr liegt. Er kann doch bei seiner regelmässigen Rechtsunkenntnis nicht einmal einen Umstand berücksichtigen, der ausserhalb der Frage liegt. Dazu bedarf es zum mindesten erst einer Erweiterung seines Horizontes durch den Schwurgerichtspräsidenten. Aber selbst dann leidet die Klarheit der Bedeutung der Frage für die Geschworenen. Missverständnisse sind zu leicht möglich.

So sollte denn vor allem eine Bürgschaft dafür gegeben werden, dass ihm über solche Umstände des concreten Thatbestandes, an die, im Gegensatz zu der allgemeinen Regel, eine specielle Disposition des Gesetzes geknüpft ist, besondere ausdrückliche Fragen vorgelegt würden. Jedoch ist es selbstverständlich, dass das Letztere überhaupt nur unter der Voraussetzung statthaft und für den Angeklagten wünschenswert scheint, wenn das materielle Resultat dadurch nicht zu seinen Ungunsten verändert werden kann. Nun will zwar wirklich § 296 eine Garantie dafür bieten, dass eine Nebenfrage ev. gestellt wird. Und in der That scheint jene vollkommen ausreichend gewährt, da sowohl Staatsanwaltschaft, Verteidigung und Angeklagter diese Fragestellung veranlassen können, und auch das Gericht aus freien Stücken dieselbe wählen kann. Jedoch ist dies de lege lata möglicherweise für den Angeklagten nur nachteilig, denn das Gesetz hat es unterlassen, entsprechende Bestimmungen zu geben, um im Falle mehrerer Abstimmungen ein richtiges Gesamtresultat zu erzielen. Wir kommen darauf ausführlich zurück.

Die Fragestellung (de lege lata) regelt sich nach §§ 293, 295 A. 2. Daraus ergiebt sich, dass die Str.-Pr.-O. aus denjenigen Gründen „welche die Strafe ausschliessen" solche abscheidet, durch welche „die Strafbarkeit wieder aufgehoben wird." Nur in Bezug auf letztere ist eine Nebenfrage statthaft, jedoch muss nach der Fassung („kann") die Aufnahme in die Hauptfrage auch hier als durchaus zulässig erscheinen.[123]

[123] Bestritten! Unserer Ansicht, dass die Nebenfrage I zulässig, nicht notwendig sei, sind:

187. Das „Wiederaufheben“ ist natürlich vom Verhältnis der Ausnahme zur Regel gemeint:

Also äusserlich genommen: wenn das Gesetz sagt, ein Thatbestand bestehend aus den Elementen $\alpha + \beta$ ist strafbar, ein Thatbestand mit den Elementen $\alpha + \beta + \gamma$ ist straflos, so erscheint die Differenz, nämlich γ, als Umstand, welcher im Vergleich zu jenem die Strafbarkeit wieder aufhebt.

Dass aber thatsächlich ein Thatbestand erst strafbar würde, dann aber wieder straflos werden sollte, ist eine Auffassung, die durchaus abzulehnen ist. Ob etwas strafbar oder straflos sei, diese Frage kann doch erst im Moment der Perception an uns herantreten. Ob der Thatbestand — auf einer früheren Stufe der Entwicklung percipiert — strafbar gewesen wäre oder nicht, dies zu untersuchen kommen wir gar nicht in die Lage. Es handelt sich also in diesen Fällen nicht um eine reale, sondern um eine gedachte Strafbarkeit.

Für uns ist diese Erörterung nicht ohne Wichtigkeit, da gerade sämtliche Paragraphen unsrer Materie §§ 46, 163, 204,

---

Keller, il. A. 1882 ad § 295 Nr. 7 Abs. 2 S. 385.
Thilo 1878 „ „ „ 5 S 352.

„Es unterliegt dem Ermessen des Gerichts, wie dies auch in einigen deutschen Gesetzgebungen ausdrücklich ausgesprochen ist, z. B. Art. 80 d. preuss. G. v. 3. Mai 1852, ob behufs Feststellung eines solchen hier in Rede stehenden Umstandes die Stellung einer besonderen Frage erforderlich ist, oder ob es ausreicht, sie nur in der Hauptfrage besonders hervorzuheben . . . . .“

II. Die Nebenfrage sei obligatorisch, behaupten
Dalcke, ad § 295 Nr. 3 Abs. 2, S. 186.
Löwe, V (1888) „ „ „ „ 9 b. S. 609.

„Die Befragung der Geschworenen über Umstände der in Abs. 2 gedachten Art kann nur mittelst einer Nebenfrage erfolgen; die Aufnahme solcher Umstände in die Hauptfrage ist nicht statthaft (vergl. *Dalcke* Fragest. S. 90).“

Die Ansicht von *Dalcke* u. *Löwe* richtet sich einfach dadurch, dass nach dem für die Reichsjustiz-G. festgehaltenen Sprachgebrauch ein „kann“ stets eine bloss fakultative, keine zwingende Disposition einleitet. Jene Behauptung beruht auf einer völlig unmotivierten Abweichung von diesem Interpretations-Gesetze.

Eine Vereinigung mit der Hauptfrage, und damit die Vermeidung der von *Löwe* selbst missbilligten Behandlung ist daher in concreto allerdings möglich und für einen gewissenhaften Schwurgerichtspräsidenten möglicherweise nach Lage der Dinge interne Pflicht.

310 von der Ausdrucksweise des Gesetzes umfasst werden. Daher dieser Excurs.

Kehren wir zurück zur Betrachtung der Frage, ob vor dem Schwurgericht in diesen Fällen zwei Fragen zu stellen sind.

188. Wir haben oben in der Entstehungsgeschichte des Gesetzes gesehen, dass die heutige Behandlung des Rücktritts im Str.-G.-B. mit specieller Rücksicht auf die Geschworenengerichte getroffen ist. Die Zusammenfassung der Versuchsmaterie in einem Paragraphen, wie sie früher vorlag, ist der äusseren Trennung von strafbarem und straflosem Versuch gewichen. Durch die Zusammenfassung beider, erwog der Gesetzgeber, entsteht leicht Verwirrung, noch dazu, da häufig an den zweiten Thatbestand nach den concreten Umständen gar nicht zu denken ist. In solchen Fällen ist es (wenn niemand sein Antragsrecht missbraucht) sogar möglich, eine Frage nach dem zweiten Thatbestand ganz wegzulassen. Fragt man in Fällen dieser Art den Laien, ob Rücktritt vorläge, so wirkt dies leicht verwirrend. Denn dieser vermag das Abstract-Notwendige nicht vom Concret-Notwendigen zu unterscheiden, und so glaubt er, dass die Frage, wie sie an ihn gestellt ist, aus den concreten Umständen geschöpft wäre. Jener aus diesen sich häufig nicht erklärende Bestandteil muss ihm Scrupel machen. Wie kommt es, muss er sich fragen, dass das Gericht selbst diese Clausel aufnimmt; etwas muss doch also an den concreten Umständen sein, was diese rechtfertigt u. s. w.

So erwog der Gesetzgeber. Er übersah dabei ein doppeltes; einmal, dass bei der alten Regelung durch angemessene Rechtsbelehrung von seiten des Schwurgerichtspräsidenten ganz gut auszukommen war, wie die Praxis zeigte; das andere mal, dass durch die neue Regelung das materielle Resultat gefährdet wurde.

189. Zum Glück ist die Nebenfrage nach der Str.-Pr.-O. nur zulässig, nicht geboten. In Fällen daher, wo nach den Umständen allerdings der freiwillige Rücktritt etc. in ernstliche Erwägung kommt, wird ein gewissenhafter Schwurgerichtspräsident es vorziehen, keine Nebenfrage zu stellen, sondern eine Vereinigung mit der Hauptfrage herbeizuführen. Denn dann gilt das oben Bemerkte, dass es Absicht des Gesetzgebers ist, dass sich eine Zweidrittelmajorität für das Schuldig im Sinne des Gesetzes zusammenfindet und dass das materielle Resultat jedenfalls nicht durch Verteilung

der Abstimmung gefährdet werden darf. Ein formelles Gebot hierüber existiert zwar nicht, aber die materielle Erwägung muss dem Richter die Einhaltung dieser Regel gebieten.

190. Wie gefährdet das Resultat der Abstimmung[424] bei Trennung der Fragen ist, möge ein Beispiel erläutern. Man nehme den Fall: 4 halten den Angeklagten überhaupt nicht für überführt, 4 glauben, dass ein freiwilliger Rücktritt vorliegt. Die Hauptfrage lautet auf versuchten Mord: dieselbe wird mit 8 gegen 4 Stimmen bejaht; die Nebenfrage geht auf freiwilligen Rücktritt. Logisch genommen können doch jene 4, die nichts für erwiesen erachten, gar nicht auf den Gedanken kommen, freiwilligen Rücktritt anzunehmen. Also: der Mann wird verurteilt, obwohl nur 4 ihn im Sinne des Gesetzes für schuldig erachten. (Übrigens würde schon das Zahlenverhältnis 9 gegen 3 bei der einen, 10 gegen 2 bei der anderen Frage genügen: auch dann wären bloss 7 für die Strafbarkeit des Thäters, während die Zahl 8 erforderlich ist.)

Man wird nun darauf von seiten der Praxis antworten, dass das nicht so gefährlich sei, da ja der Laie überhaupt mehr auf das Resultat sähe und darum jene Geschworenen, die den Mann nicht für überwiesen erachteten, aber dabei überstimmt worden seien, jede Gelegenheit ergreifen würden, doch das Resultat der Straflosigkeit zu bewirken. In der That mag das vorkommen: aber man darf doch nicht auf einen logischen Lapsus der Geschworenen geradezu reflectieren. Das Richtige und Wünschenswerte ist es jedenfalls nicht, wenn die Geschworenen vom anticipierten Resultate ausgehen und dies nun um jeden Preis, selbst mit dem Sacrificium intellectus, zu erreichen streben. Sie sollen vielmehr nach bestem Wissen und Gewissen sich mit den Prämissen beschäftigen, aus denen das Resultat vom Richter gezogen wird, — ohne um die Ecke zu schauen.

Man darf auch nicht sagen, dass doch immerhin in Fällen dieser Art die Wahrscheinlichkeit vorläge, dass etwas Strafbares geschehen sei. Diese Behauptung möge das folgende Beispiel widerlegen.

---

[424] Auch *Löwe* bemerkt unter Missbilligung dieser gesetzlichen Regelung, dass dieselbe zu einem unrichtigen Ergebnis führen könne. Die Geschworenen, welche für das Nichtschuldig gestimmt hätten, müssten dann die Nebenfrage zu Gunsten des Angeklagten bejahen. s. ad § 295 Nr. 9 (S. 586.) Diese Ansicht wird unten ihre Beurteilung finden.



191. Es liegt ein corpus delicti vor, welches prima vista Mordversuch scheinen könnte. A hat mit B in Unfrieden gelebt. Sie sind thätlich zusammengeraten; dabei hat A dem B die Luftwege längere Zeit versperrt. Dann aber hat er den Halbtoten aus Umständen, die nicht feststehen, fahren lassen.

B behauptet, A habe ihn ermorden wollen und er habe den letzteren mit seinen letzten Kräften abgeschüttelt. Dann seien Leute gekommen and A habe sich entfernt. A behauptet, er habe nicht daran gedacht, den B zu töten. Er habe ihm das Athemholen erschwert, um sich seiner zu erwehren und habe ihn dann freiwillig losgelassen, als B's Kräfte nicht mehr zu fürchten gewesen seien.

Mancherlei spricht vielleicht gegen A, mancherlei für ihn. Ein und derselbe Urteilende kann sagen: es ist höchst wahrscheinlich, dass A den B hat morden wollen. Diese Wahrscheinlichkeit reduciert sich um die des Rücktritts; die restierende genügt nicht, um ein ‚Schuldig' auszusprechen.

192. Die Wahrscheinlichkeit, dass Mordversuch vorliegt, verhalte sich wie 24 : 12, die Wahrscheinlichkeit, dass Rücktritt vorliegt, wie 8 : 16; demnach ist die Wahrscheinlichkeit, dass überhaupt ein (diesbezüglich) Strafbares vorliegt = 16 : 20. Es ist also unwahrscheinlich, dass ein solches vorliegt, indem unter 36 Fällen nur 16 ein ‚Schuldig' begründen würden. Und trotzdem ist es höchst wahrscheinlich, dass sowohl Mordversuch vorliegt, als auch, dass kein Rücktritt vorliegt. Die oben gegebenen Verhältnisse würden bei einer Abstimmung ihren Ausdruck finden in dem oben gegebenen Stimmenverhältnis:

8 würden den Mordversuch bejahen, 4 verneinen
8 würden den Rücktritt verneinen, 4 ihn bejahen.

Die Wahrscheinlichkeit hätte vollkommen ihren Ausdruck gefunden in den Verhältnissen der Abstimmung, indem die jeweiligen Annahmen der Zweidrittelmajorität doppelt so wahrscheinlich sind wie die der Minorität. Und trotzdem würde das Endresultat durchaus nicht ein wahrscheinliches sein!

Die Anwendung der Wahrscheinlichkeitsrechnung auf solche Fälle ist u. E. von hoher Bedeutung. Namentlich ermöglicht dieselbe eine exacte Kritik der gesetzgeberischen Dispositionen über den Modus der Abstimmung: In unserem Falle beweist sie ziffer-

mässig, wie wenig sicher die Richtigkeit des — statt durch eine — durch zwei Fragen gewonnenen Resultates bei Abstimmungen ist.

Anhang zu Cap. IV.

193. Zur Illustrierung des in diesem Cap. Ausgeführten möchten wir noch ein interessantes Urteil des Reichsgerichts besprechen, mit dessen processualem Resultat wir durchaus einverstanden sind, während die Motivierung teilweise zu Bedenken Anlass giebt.

Es ist dies das Urteil des II. Str.-Sen. vom 25. Nov. 1887 c. K. (Schwurgericht beim L.-G. II, Berlin.) [425]

Der Angeklagte hatte in der Revisionsbegründung die auf Antrag der Verteidigung erfolgte Stellung einer Nebenfrage auf Grund des § 46 Z. 1 Str.-G.-B. als überflüssig und möglicherweise irreleitend bekämpft, weil nach § 46 Ziff. 1 a. a. O. der Versuch in dem vorausgesetzten Fall straflos bleibe, also an sich straflos sei, nicht erst straflos werde.

Das Reichsgericht behauptete zunächst: „Es handelt sich hier nicht um einen Schuldausschliessungsgrund wie in den §§ 51—54 des Str.-G.-B.“ Das ist falsch nach unsrer oben gegebenen Entwicklung. Falsch aber ist dies, abgesehen von dieser Construction, de lege lata schon von vorn herein, da nach unserem positiven Recht ein Unterschied zwischen Schuld- und Strafausschliessungsgründen überhaupt nicht gemacht werden kann. Die §§ 51 bis 54 werden ausdrücklich im 4. Abschn. des 1. Teils des Str.-G.-B. unter die „Gründe, welche die Strafe ausschliessen“ subsumiert. Das Reichsgericht concedierte sodann: „Der § 266 Abs. 2 der Str.-P.-O. umfasst allerdings sowohl Schuld- wie Strafausschliessungsgründe“. Der § 266 Abs. 2 redet von den ersteren nicht, er kennt nur „Umstände, welche die Strafbarkeit ausschliessen“. Innerhalb derselben zu unterscheiden, ist dem positiven Recht gegenüber reine Willkür; die Schuldausschliessungsgründe gehen in diesen unter. — „Dagegen betrifft § 295 der Str.-Pr.-O. Abs. 2 solche vom Strafgesetz besonders vorgesehene Umstände, durch welche die Strafbarkeit wieder aufgehoben wird. Zu diesen gehört der in Betracht kommende Fall der Ziffer 1 des § 46 des Str.-G.-B.“ Die weitere Motivierung des Urteils ist nur irreleitend und gehört z. T. nicht einmal hierher. Der Schlusssatz

[425] Rechtsspr. IX. 650—652.

lautet: „Damit [mit dieser Fragestellung] ist § 295 der Str.-Pr.-O. erfüllt, aber nicht verletzt.“

Wir geben diesen letzten Satz und seine Consequenzen durchaus zu.

194. Unsere Motivierung lautet aber, wie folgt:

„Ein Unterschied zwischen „Umständen, welche die Strafbarkeit ausschliessen“, und solchen, „durch welche die Strafbarkeit wieder aufgehoben wird“, ist zwar logisch völlig unhaltbar. Der concrete Thatbestand kann nur als Ganzes, nur als eine Einheit rechtlich in Betracht kommen, in der sämtliche rechtlich relevanten Momente enthalten sind und vollständig aufgehen. Jene Distinction beruht auf der unmöglichen Annahme, als käme die zeitliche Reihenfolge der Thatbestandsmomente bei der richterlichen Cognition in Betracht. Es handelt sich aber hier stets nur um die Frage: „Ist der Angeklagte strafbar oder nicht?“ Stellt das Gesetz nun einen weiteren Thatbestand auf und spricht im Anschluss daran für einen engeren, an sich unter jenen fallenden Straflosigkeit aus, so ist allerdings für unseren Denkprocess zunächst nach dem ersteren Strafbarkeit begründet, die dann durch den letzteren wieder aufgehoben wird. Dieses Verhältnis findet aber eben so statt zwischen jedem beliebigen Thatbestand und dem des § 51 ff. Die Straflosigkeit, die im speciellen Teil allgemein ausgesprochen ist, wird für unsern Denkprocess wieder ausgeschlossen für den Fall, dass der „„Thäter zur Zeit der Begehung der Handlung“ sich in einem Zustande von Bewusstlosigkeit oder krankhafter Störung der Geistesthätigkeit befand, durch welchen seine freie Willensbestimmung ausgeschlossen war.““ Wenn trotzdem die Strafprocessordnung (nicht das Str.-G.-B. und die Motive zu dems.) offenbar in ihrem § 295 Abs. 2 einen Unterschied voraussetzt, so beruht das auf einer Confusion der zeitlichen und der logischen Reihenfolge. Gleichwohl kann diese nun einmal vorhandene gesetzliche Disposition nicht ignoriert werden. Worin der Unterschied bestehe, kann freilich nicht logisch beantwortet werden, sondern nur aus der Entstehungsgeschichte. Nach dieser aber ist klar, dass gerade die Fälle des Rücktritts und der thätigen Reue getroffen werden sollten. Die Zerlegung des § 31 Pr.-Str.-G.-B. in §§ 43, 46 Nordd. jetzt D. Str.-G.-B. hat eben ihren ausschliesslichen historischen Grund in dem Bestreben, die Hauptfrage

zur Vermeidung von Unklarheiten zu entlasten und den ausgeschiedenen Bestandteil ev. einer Nebenfrage zu überweisen. Dieser gesetzgeberische Wille ist zu respectieren. Allerdings wird nach der Fassung von § 295 Abs. 2 Str.-Pr.-O. nur die Möglichkeit zu einer derartigen Behandlung gewährt. Eine Aufnahme in die Hauptfrage ist demnach nicht unzulässig (Vergl. Entsch. I S. 63) Ist aber in concreto eine Nebenfrage gestellt worden, so ist damit § 295 der Str.-Pr.-O. erfüllt, aber nicht verletzt. — Aus diesen Gründen musste die Revision des Angeklagten verworfen werden."

So würden wir das Urteil begründen. — Dazu wäre noch de lege ferenda zu bemerken, dass die einzig practicable und materiell zuverlässige Behandlung der Strafausschliessungsgründe (ohne weitere Distinction) bei der Fragestellung vor den Schwurgerichten die ist, dass dieselben besonderen Fragen überwiesen werden, bei denen jedoch nur die Geschworenen mitstimmen, die in der Hauptfrage oder der schon vorausgehenden Nebenfrage zu Ungunsten des Angeklagten geantwortet haben. Die übrigen Stimmen werden einfach zu Gunsten des Angeklagten addiert. Nur diese Behandlungsweise verbürgt ein richtiges Resultat.

Schlusswort.

§ 195. Im vorstehenden positiv-rechtlichen Teile haben wir versucht, eine für die Praxis unmittelbar brauchbare Darstellung einer gegenwärtig recht stiefmütterlich behandelten Materie, des Rücktritts vom Versuch und der thätigen Reue, zu geben.

Freilich befriedigende Resultate sind hier nicht durchweg zu erzielen — das Prinzip ist dem Gesetzgeber nicht zum vollen Bewusstsein gekommen, mehr ein dunkles Gefühl hat ihn geleitet — und das hat bewirkt, dass auch seine Bestimmungen teilweise recht dunkel sind. Dazu kommt, dass sich ja überhaupt — ich will mich auf das Strafrecht beschränken — der deutsche Strafgesetzgeber bisher als Meister der Form, wie sie nicht sein soll, bewährt hat. Ein Wort von ihm macht oftmals der Auslegung mehr Schwierigkeiten, als ein ganzer Band gut abgefasster Gesetze.

Wir haben uns aber wenigstens redlich bestrebt, zu haltbaren Resultaten zu kommen, soweit solche nach sicheren Interpretationsregeln erreichbar waren. Wir geben uns der Hoffnung hin, dass die Praxis, die — leider! — ebensowenig wie die Theorie der Materie bisher das rechte Verständnis entgegengebracht hat, zu einer Prüfung und in Folge dessen — denke ich — Berichtigung ihres bisherigen Standpunktes sich veranlasst sehen wird.

Namentlich ist die gegenwärtig von der Praxis angenommene Straf**barkeit** des Teilnehmers eines zurückgetretenen Thäters nach dem Gesetz ein völliges Unding. Der Wortlaut spricht so deutlich objectiv, dass es eben für die Interpretation gar nicht **möglich ist**, über Straf**losigkeit** der Teilnehmer hinauszukommen. Die gewöhnlich

dagegen angeführte Entstehungsgeschichte — selbst einmal angenommen, sie bewiese, dass die Straflosigkeit beim Rücktritt überhaupt criminalpolitische Parekbase sei — beweist in dieser Beziehung natürlich gar nichts. Das letztere richtig betont zu haben, ist das Verdienst *Olshausens.*

Aber, wie wir oben dargelegt haben, ist die gewöhnliche Auffassung der Entstehungsgeschichte der fraglichen Paragraphen eine durchaus haltlose, die nur grober Unkenntnis ihr Leben verdankt.

Der alte diesbezügliche Irrtum des Preussischen Obertribunals ist leider als ein Erbstück auf das R.-G. übergegangen. Deshalb war unsererseits eine besondere Ausführlichkeit in der Darstellung der Entstehungsgeschichte geboten.

Daneben war es die processuale Behandlung der Sache, die eine eingehende Klarstellung nach den Principien des heutigen Strafprocesses zu erfordern schien. Denn auch hier waltet in der Praxis eine Fülle schiefer Anschauungen, die sich durch unpassendes Analogisieren aus dem Civilprocess und, wie ich gern anerkennen will, aus dem wirklichen früheren Rechtszustand herschreiben. Die Behandlung der Lehre von Rücktritt vom Versuch und der thätigen Reue ist gerade ein Sammelpunkt für solche schiefe oder doch veraltete Gedanken. Man kann sich noch immer nicht vom der Annahme einer Exceptio wie im Civilprocess trennen, die früher auf Grund positiver Gesetzgebung — allerdings — leider!! — ihre Berechtigung hatte. Heute aber gehört jede Construction à la ‚exceptio' für das Gebiet des Strafprocesses in die Rumpelkammer!

Der Verfasser hofft, dass seine mühsame Arbeit auch die der Praxis in dem von ihm behandelten zwar winzig kleinen, aber dornigen Rechtsgebiet in etwa erleichtern werde. — Im übrigen wünscht er nichts mehr, als dass sein Werk für Gesetzgebung und Wissenschaft der Zukunft nicht vergeblich sein möge.

Litteratur-Verzeichnis. *)

Die Zahlen beziehen sich auf die Anmerkungen. — Wo kein Titel angegeben ist, findet sich derselbe in der ersten cit. Anmerkung oder in derjenigen, deren Ziffer fett gedruckt ist.

*) Die in diesem Werke citierten **Gesetze** und **Gesetzesstellen** ersehe man für den I. Teil aus §§ 8—10. 12. 23—27. 34—35. 38—40. Für den II. Teil diene zur Orientierung das Staatenverzeichnis auf S. 83. Für den III. Teil vergl. §§ 75. 93. 94. Für den IV. Teil (D. Reichs-R) s. d. Inhaltsverzeichnis.

Errata.*)

N = Noten; S = Seite; T = Text; Z = Zeile.

S. 6 N. Z. 7 v. u. statt: n lies: in.
S. 7 T. Z. 1—2 v. o. ergänze: einem.
S. 8 N. Z. 3 v. u. tilge: § 3.
S. 12 N. Z. 7 v. u. statt: Teutchen lies: Teutschen.
S. 14 T. Z. 6 v. o. statt: eine lies: einer.
S. 14 T. Z. 10 v. u. nach: ihm ergänze: lag.
S. 17 T. Z. 6 v. o. nach: erklären ergänze: kann.
S. 26 N. Z. 9 v. u. statt: Abt. lies: Abh.
S. 26 N. Z. 9 v. u. statt: 1863 lies: 1836.
S. 30 T. Z. 14—13 v. u. lies: Felinus Sandeus (1444 – 1503) bespricht diesen Fall in der —
S. 55 T. Z. 1 v. o. statt: Theorie lies: Theologie.
S. 55 T. Z. 9 v. o. statt: § lies: Art.
S. 61 T. Z. 2 v. u. ergänze vor: Auch: [§] 36.
S. 72 T. Z. 6 v. o. statt: 1848 lies: 1849.
S. 74 T Z. 14 v. o. ergänze: omne per quod.
S. 83 T. ergänze nach: Niederlande: Nordamerika § 70.
S. 83 T. tilge Venezuela etc. und setze s. l.: Columbia s. Cundinamarca.
S. 94 T. statt: 18 III lies: 19 III.
S. 105 N. Z. 2 v. u. lies: subsumieren.
S. 109 ff. (§§ 49 ff.) ergänze die fortlaufenden Römischen Ziffern II, III etc.
S. 134 statt: Zanardalli lies: Zanardelli.
S. 138 T. Z 4 v. o. lies: casualidad.
do. Z. 9 v. o. lies: fortuitas.
do. Z. 10 v. o. lies: del.
do. Z. 2 v. u. lies: estos.
S. 139 T. Z. 1 v. o. lies: autoridad.
do. Z. 11 v. u. tilge das erste Komma.
S. 140 T. Z. 10 v. o. lies: requisitos.
S. 143 T. Z. 3 v. o. lies: bestraft.
S. 146 T. Z. 1 v. u. statt: dieselben lies: dieselbe.
S. 162 N. 225 tilge: est.
S. 164 N. 240 lies: Dingli.
S. 167 N. Z. 5 v. u. statt: o lies: e.
S. 170 Z. 1 v. o. statt: erwartet lies: erwartest.
S. 178 T. Z. 5 v. o. statt: q' lies: qu'.
S. 181 N. Z. 3 lies: droit.
S. 184 T. Z. 6 v. o. statt: mt lies: mit.
S. 185 T. Z 6 v. u. statt: poenitentiae lies: poenitentia.
S. 189 T. Z. 10 v. o. statt: wogen lies: trotz.
S. 189 T. Z. 10 v. o. statt: straflos lies: strafbar.
S. 190 Z. 10 v. o. statt: suchen lies: werden.
S. 192 u. ö. statt: Farinac und Bonifac lies: *Farinaz* und *Bonifaz*.
S. 233 T. Z. 5 v. o. tilge: durchaus.
S. 233 T. Z. 11 v. u. statt: diese lies: diesen.
S. 239 T. Z. 11 v. u. statt: entbunden lies: entbundenen.
S. 280 T. Z. 19 v. o. nach: sich ergänze: gegenüber der Negative [Das angegebene Verhältnis ist also nicht das der zutreffenden Fälle zur Gesamtheit der möglichen Fälle, sondern das der zutreffenden zu den nicht zutreffenden.]
S. 285 T. Z. 12 v. u. statt: vom lies: von.
S. 287 Sp. 1 Z. 13 v. u. tilge 11.

* Leichte Druckfehler (wie Auslassung eines Buchstaben, Kommas u. dergl.) sind hier nicht vermerkt.

Abkürzungen.

Die gebrauchten Abkürzungen sind die in juristischen Werken allgemein üblichen; vergl. z. B. das pp. Verzeichnis in *Olshausen* Commentar. Hervorgehoben sei:

A. N. F. = Archiv des Criminalrechts. Neue Folge.
G. A. = *Goltdammer*, Archiv f. gem. deutsch. und preuss. Strafrecht etc.
G.-S. = Gerichtssaal etc.
R.-G. = Reichsgericht.
Abb. = Abhandlung.
Hb. = Handbuch.
Lb. = Lehrbuch.

